

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

Responsabilidad civil extracontractual y delito

TESIS

para optar el grado académico de Doctor en Derecho

AUTOR

Tomás Aladino Gálvez Villegas

Lima – Perú

2008

DEDICATORIA

**A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
CUATRICENTENARIA UNIVERSIDAD
NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS**

T. A. G. V.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
1.1.	Descripción de la problemática vinculada al objeto de la investigación	12
1.2.	Preguntas de investigación	14
1.3.	Objetivos y finalidad de investigación	15
1.3.1.	Objetivo general	15
1.3.2.	Objetivo específico	15
1.3.3.	Finalidad	16
1.4.	Justificación	16
2.	MARCO TEÓRICO REFERENCIAL	16
3.	TIPO DE INVESTIGACIÓN	18
4.	HIPÓTESIS	19
5.	MÉTODO UTILIZADO	20
5.1.	Método	20
5.2.	Técnicas de Recolección de Información	21
5.2.1.	Fichaje de Información Doctrinaria	21

CAPITULO II

DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEORICO

1.	CONTROL SOCIAL Y ORDENAMIENTO JURÍDICO	22
2.	SISTEMA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD	26

2.1.	Síntesis de la responsabilidad civil	28
2.2.	Síntesis de la responsabilidad Administrativa	29
2.3.	Síntesis de la responsabilidad penal	33
3.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL	34
3.1.	Evolución y contenido de la responsabilidad civil	34
3.2.	Funciones que se le atribuye a la responsabilidad civil	40
3.2.1.	Función resarcitoria	40
3.2.2.	Función preventiva	41
3.2.3.	Función punitiva	42
3.3.	Análisis y crítica de las funciones atribuidas a la responsabilidad civil	44
3.3.1.	Respecto a la función resarcitoria	44
3.3.2.	Respecto a la función preventiva	49
3.3.3.	Respecto a la función punitiva	51
3.3.4.	Conclusiones	59
3.4.	Responsabilidad contractual y extracontractual	60
3.5.	Responsabilidad civil extracontractual	67
3.5.1.	Elementos de la responsabilidad civil extracontractual	67
3.5.2.	El daño o lesión del bien jurídico	68
3.5.2.1.	Daño resarcible	74
3.5.2.2.	Daño no resarcible	81
a)	Daño ocasionado en ejercicio regular de un derecho	82
b)	Daño ocasionado en ejercicio de legítima Defensa	83
c)	Daño ocasionado en estado de necesidad	84
d)	Daño ocasionado con el consentimiento del titular del bien jurídico	86
3.5.3.	La relación de causalidad	88
3.5.3.1.	Teoría de la causa próxima	91
3.5.3.2.	Teoría de la causa adecuada o de la adecuación	92
3.5.3.3.	Otras teorías	94

3.5.4.	Factores o criterios de atribución de responsabilidad civil (<i>Imputación Civil</i>)	96
3.5.4.1.	Factores Subjetivos	97
a)	La culpa	97
b)	El dolo	102
c)	‘Dolo civil’ y ‘dolo penal’	105
3.5.4.2.	Factores objetivos	107
a)	El riesgo y peligro creados	109
b)	La solidaridad. Distribución social de los riesgos y peligros creados	113
c)	La Garantía de Reparación	116
d)	La Equidad	123
3.5.5.	El resarcimiento, reparación o indemnización	126
3.5.5.1.	Naturaleza jurídica del derecho al resarcimiento	127
3.5.5.2.	Formas de la prestación resarcitoria	128
a)	Resarcimiento in especie o in natura	129
b)	Resarcimiento en dinero	130
c)	Resarcimiento por daño a la persona	131
3.5.5.3.	Valuación del resarcimiento	134
3.5.6.	Conclusiones	139
3.6.	Responsabilidad civil proveniente de un delito	140
3.6.1.	Naturaleza jurídica de la reparación civil	141
3.6.1.1.	La Reparación Civil como sanción jurídico penal ...	142
3.6.1.2.	Naturaleza privada de la Reparación Civil	157
3.6.1.3.	Conclusiones	162
3.6.2.	Responsabilidad civil directa y de tercero	164
3.6.2.1.	Responsabilidad civil directa	164
3.6.2.2.	Responsabilidad civil del tercero	165
3.6.2.3.	Responsabilidad civil y asegurador	175
4.	LA RESPONSABILIDAD PENAL	178
4.1.	Funciones de la responsabilidad penal	181
4.2.	Responsabilidad penal, dogmática penal y teoría del delito	186

4.3.	Relación de causalidad	190
4.4.	Culpabilidad y responsabilidad penal	194
4.5.	Presupuestos para la punibilidad	198
4.6.	Conclusiones	202
5.	CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE IMPLICAN RESPONSABILIDAD PENAL	204
5.1.	Casos de responsabilidad contractual configurativos de delito (actos jurídicos fraudulentos)	205
5.2.	Casos de responsabilidad extracontractual configurativos de delito	207
5.3.	Conclusiones	208
6.	CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE NO IMPLICAN RESPONSABILIDAD PENAL, NO SON PUNIBLES O SE CONDICIONA LA PENA	208
6.1.	Casos que no implican responsabilidad penal	209
6.1.1.	Supuestos de responsabilidad contractual	209
6.1.2.	Casos de responsabilidad extracontractual	209
6.1.2.1.	Casos dolosos que no constituyen delito	209
6.1.2.2.	Casos culposos que no constituyen delito	210
6.1.2.3.	Casos de responsabilidad civil objetiva	211
6.2.	Casos que no son punibles	211
6.2.1.	Casos de excusas absolutoria y condición objetiva de punibilidad	211
6.2.2.	Casos de exención de pena	213
6.3.	Casos de condicionamiento de la pena	214
6.4.	Conclusiones	215
7.	CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL QUE NO IMPLICAN RESPONSABILIDAD CIVIL	216
7.1.	Delitos de peligro	216
7.2.	Delitos en grado de tentativa	223
7.3.	Conclusiones	224
8.	EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL Y LA ACCIÓN PENAL	224
8.1.	Extinción de la acción civil resarcitoria y acción penal	224

8.2.	Prescripción de la acción resarcitoria	226
8.3.	Prescripción de la obligación resarcitoria luego de haber sido determinada por sentencia judicial	229
8.4.	Prescripción de la acción penal	229
8.4.1.	Interrupción del plazo de prescripción	230
8.4.2.	Suspensión del plazo de prescripción	230
8.4.3.	Reducción del Plazo de prescripción	232
8.4.4.	Ampliación del plazo de prescripción	232
8.4.5.	Renuncia a la prescripción	233
8.5.	Conclusiones	234
9.	RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL	236
9.1.	Pronunciamientos del Poder Judicial	236
9.1.1.	Naturaleza jurídica de la reparación civil	236
9.1.2.	Reparación civil en casos de delitos de peligro	238
9.1.3.	Contenido de la reparación civil	243
9.1.4.	Finalidad de la reparación civil	243
9.1.5.	La obligación reparatoria es una obligación de valor	244
9.1.6.	Reparación civil exigua	245
9.1.7.	Determinación del monto de la reparación civil	245
9.1.8.	Condición económica del obligado y reparación civil	249
9.1.9.	Reparación civil y Código Civil	249
9.2.	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	250
9.2.1.	Naturaleza jurídica del resarcimiento	250
9.3.	Conclusiones	252

CAPÍTULO III

DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

1.	PROBLEMA	254
2.	HIPÓTESIS	254
3.	CONCLUSIONES DE LOS ARGUMENTOS DESARROLLADOS	

PARA CADA HIPÓTESIS	256
CONCLUSIONES FINALES	266
RECOMENDACIONES	268
PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	269
 BIBLIOGRAFÍA	
 ANEXOS	
PRONUNCIAMIENTO DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPREMA SOBRE BENEFICIO PENITENCIARIO Y REPARACIÓN CIVIL DETERMINADA EN UNA SENTENCIA	286

-----oo0oo-----

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis Doctoral está referida al estudio de la Responsabilidad Civil Extracontractual y la responsabilidad proveniente del Delito, es decir, trata de las implicancias y relaciones existentes entre los hechos causantes de los daños indemnizables y los hechos configurativos de delitos, muy especialmente de los criterios de imputación tanto de responsabilidad civil así como de responsabilidad penal.

El tema de investigación nos parece de singular interés debido a que en la doctrina nacional y extranjera existen dificultades para determinar cuándo nos encontramos ante hechos dañosos que únicamente entrañan responsabilidad civil (independientemente de la magnitud del daño ocasionado) y cuándo nos encontramos ante un hecho configurativo de delito, el mismo que generará la responsabilidad civil resarcitoria así como la responsabilidad penal del autor del delito, no habiéndose precisado debidamente la naturaleza jurídica de ambos tipos de responsabilidad.

El desarrollo del presente trabajo resulta de importancia, puesto que, si bien se han logrado grandes desarrollos doctrinarios, tanto en el ámbito civil o privatista así como en el penal, existen áreas vinculadas a ambas esferas del derecho, donde no se han desarrollado criterios uniformes y unitarios que abarquen y resuelvan debidamente la problemática vinculada a esta intersección de disciplinas jurídicas, habiendo quedado este importante sector abandonado al arbitrio de los operadores procesales, quienes asumen criterios unilaterales desde su particular especialización. Esto ha generado una suerte de incertidumbre tanto de penalistas como civilistas, pero sobre todo de los justiciables que resultan involucrados en este ámbito del Derecho, con la consecuente desconfianza e inseguridad jurídica.

Lo que es peor, desde perspectivas unilaterales se han elaborado teorías a través de las cuales se trata de explicar la naturaleza de las categorías jurídicas vinculadas a esta intersección, las mismas que lamentablemente no resuelven el problema en su conjunto y por tanto no resultan funcionales ni tienen un rendimiento práctico, con lo que se olvida que la teoría o doctrina jurídica se ha gestado y desarrollado precisamente

para brindar a los operadores jurídicos herramientas o instrumentos útiles para resolver los conflictos con seguridad y confianza.

Esta confusión es particularmente notoria cuando se trata de determinar las funciones de la responsabilidad civil, pues desde la perspectivas del Derecho civil y con criterios propios de la perspectiva privatista, además de su natural función resarcitoria se le otorga funciones preventivas y punitivas, con lo cual se introducen en al ámbito civil criterios y conceptos propios del Derecho penal. Por su parte, un buen número de penalistas consideran a la función resarcitoria de la responsabilidad civil proveniente del delito como una categoría propia de las sanciones penales, con la consecuente incidencia negativa sobre los efectos resarcitoiros propios de la responsabilidad civil. Ello ha llevado a lo que algunos consideran como la tendencia a hacer más punitiva la función privatista y menos sancionadora la respuesta penal¹, lo que a nuestro juicio no hace más que acrecentar la confusión, al desconocer que cada rama del Derecho desarrolla sus propias categorías conforme a sus propias finalidades y funciones. Asimismo, con ello se olvida que para resolver un conflicto no se aplica únicamente determinada rama del Derecho sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Buscando aportar criterios al debate respecto a estas inconveniencias y dificultades, en el presente trabajo abordamos diversos aspectos de la problemática anotada, buscando llegar a conclusiones fundamentadas y consistentes respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil proveniente del delito, y su correspondiente delimitación respecto a las categorías jurídico penales; propendiendo a precisar el ámbito de validez y funcionalidad de la reparación civil como institución jurídica; así como defendiendo el criterio de la aplicación integral del ordenamiento jurídico en la resolución de los conflictos sociojurídicos y no únicamente propuestas sesgadas o unilaterales. Particularmente, frente a los conflictos en cuestión, proponemos la aplicación de las categorías de la responsabilidad civil extracontractual (de la cual la consideramos especie a la responsabilidad civil proveniente del delito) así como las normas de Derecho Penal y Procesal Penal. Igualmente, precisamos cuándo nos encontramos ante supuestos de responsabilidad civil únicamente, cuándo ante supuestos

¹ CIURO CARDANI, Miguel Ángel: *Aportes metodológicos a la filosofía del daño*. En: Responsabilidad civil. Derecho de Daños. Teoría General de la responsabilidad civil. Dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coaguila, Grijley, Lima, 2006, p.112.

de responsabilidad penal y cuándo se requiere del concurso de ambas ramas del Derecho.

Para tal cometido luego de haber formulado debidamente el *problema a investigar*, delimitándolo adecuadamente y precisando los fines y objetivos perseguidos, hemos desarrollado y demostrado a través del análisis jurídico correspondiente las hipótesis formuladas como respuesta al problema investigado, con lo que se convierten en las tesis que defendemos como corolario de nuestra investigación.

Finalmente, consignamos la bibliografía consultada, tanto la utilizada para diseñar el proyecto de investigación, es decir, bibliografía respecto a la metodología y al Análisis Económico del Derecho como método de análisis de la responsabilidad, así como la relativa a las categorías jurídicas tratadas, constituida esta última por material bibliográfico correspondiente a la doctrina general del derecho, a las ciencias penales, al derecho civil y procesal civil (sobre todo bibliografía referida al régimen general de la Responsabilidad Civil). Precisándose que el material bibliográfico consignado, corresponde a textos clásicos sobre las instituciones y categorías tratadas así como también a textos actuales relativos a las modernas teorías existentes respecto a la materia de investigación.

-----oOo-----

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA VINCULADA AL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Como se ha indicado en la parte introductoria, en la actualidad se han iniciado profundos debates entre los distintos autores y se han esbozado diversas posiciones respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito. Desde las que la consideran simplemente como una pena (igual que la privativa de libertad, la multa o la inhabilitación), las que la consideran como una consecuencia jurídico penal (sin considerarla pena pero ubicándola en el nivel de las penas y las medidas de seguridad) y las que consideran que la reparación civil es una institución netamente civil, esto es, de naturaleza privada. Esta diversidad de posturas se ha visto reflejada a nivel normativo (en las legislaciones de los diversos países), a la vez que ha generado una total confusión entre los operadores jurídicos (Jueces, Fiscales, Tribunal Constitucional y abogados en general), quienes al momento de resolver o patrocinar una cuestión vinculada a la reparación civil proveniente del delito, no muestran un cabal entendimiento del problema, lo cual los lleva a tomar decisiones, la mayoría de las veces, contrarias a los derechos e intereses de las víctimas de los delitos. Esto se agrava, si se tiene en cuenta que la especialización de los operadores jurídicos ha determinado que éstos, aun cuando pudieran tener una rica formación en determinada rama del Derecho, muestren falencias en otras, lo cual no les permite apreciar el problema con todas sus implicancias. Todo ello ha redundado en una especie de desprotección de las víctimas o agraviados por el delito, lo que a la vez ha traído como consecuencia una suerte de deslegitimación e ineficacia de la intervención penal

(proceso penal y demás actuaciones propias del control penal) respecto al resarcimiento del daño ocasionado por el delito.

Por otro lado, existen ciertos supuestos aparentemente configurativos de delito, a los que los operadores jurídicos los abordan con categorías propias del Derecho penal y procesal penal, iniciando procesos penales al respecto, y luego de largos períodos de procesamiento llegan a la conclusión que el hecho carece de relevancia penal, y por tanto absuelven de responsabilidad penal al imputado, luego de haberse desperdiciado un valioso tiempo en el que la víctima o agraviado podía haber recurrido oportuna y eficazmente a la autoridad jurisdiccional civil y obtener un adecuado resarcimiento. Esto se agrava aún más, si se tiene en cuenta que muchas veces, cuando concluyen estos procesos penales, los operadores procesales asumen que ya habría prescrito la acción civil que en su momento hubiera podido iniciarse pero que no se inició precisamente por haberse incoado el proceso penal. En estos casos, el agraviado pierde toda posibilidad de recurrir a la autoridad jurisdiccional buscando la satisfacción de su pretensión resarcitoria y ejercitando su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Ello obviamente constituye un grave problema de nuestra administración de justicia respecto a la reparación del daño ocasionado por actos ilícitos.

Peor aun, la confusión sobre la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito, ha generado diversas perspectivas, no sólo en los operadores judiciales, sino también a nivel del Tribunal Constitucional y del propio Congreso de la República, lo que se ha traducido en sendos pronunciamientos errados y en la promulgación de leyes confusas que finalmente resultan inaplicables (al respecto ver los anexos de la presente, en la que se cuestiona la aplicación de la Ley N° 27770). Estas confusiones se hacen ostensibles particularmente en los supuestos en que se trata del *otorgamiento de beneficios penitenciarios, de la revocación de la condicionalidad de la pena, en la imposición de la reparación civil en casos de ausencia y en la determinación de la reparación civil en los supuestos en que se absuelve de la acusación fiscal a los acusados*; asimismo, en los casos en que se tiene que apreciar la *culpa del agente del daño* y la *condición económica* de éste para la

determinación de la magnitud del monto de la reparación civil; finalmente, para la *fundamentación de la responsabilidad del tercero civil y para la determinación del monto de la obligación resarcitoria*. Pues, del concepto que se tenga de la reparación civil dependerá la decisión a tomarse respecto a cada uno de casos; ya que si se considera que la reparación civil es de naturaleza penal, no se podrá conceder los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional sin previo pago del íntegro de la reparación civil; se podrá revocar la condena condicional por falta de pago de la reparación civil; no se podrá imponer la reparación civil en ausencia del imputado (salvo casos excepcionales previstos por el nuevo Código Procesal Penal); asimismo, no se podrá imponer la reparación del daño en los casos en que se absuelva al procesado. La solución será totalmente distinta si se determina que la reparación civil tiene una naturaleza civil patrimonial. Igualmente, si se asume que la reparación tiene naturaleza penal, la entidad y la magnitud de la misma se determinará en función a la culpa del agente y también en función a la capacidad económica de éste, con lo cual se desnaturalizaría la propia esencia del resarcimiento; lo que no sucedería si se asumiera que la reparación tiene naturaleza civil, y el monto de la reparación se determinaría conforme a criterios propiamente patrimoniales. Finalmente, de concluirse que la reparación civil tiene naturaleza penal, resultaría imposible fundamentar la atribución de responsabilidad penal al tercero civil; a la vez que se dejaría de lado los criterios o factores de imputación objetivos para la atribución de la obligación resarcitoria.

1.2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

- 1.2.1.** ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito?
- 1.2.2.** ¿Cuáles son los factores de atribución de responsabilidad civil y cuál es la diferencia entre la imputación civil y la imputación penal?
- 1.2.3.** ¿Cuáles son las funciones de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal?

- 1.2.4.** ¿Qué supuestos de hecho causantes de daño están sujetos únicamente a responsabilidad civil, cuáles quedan sujetos sólo a responsabilidad penal y cuándo quedan sujetos a ambos tipos de responsabilidad?
- 1.2.5.** ¿Cuáles son los criterios fundamentales seguidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de nuestro país, respecto a la reparación civil en relación a la responsabilidad penal?

1.3. OBJETIVOS Y FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito, y los factores de atribución de responsabilidad civil y su diferencia con la imputación penal, y de este modo propender a un debido aprovechamiento de la capacidad de rendimiento y funcionalidad de esta institución dentro del ordenamiento jurídico.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a)** Precisar las funciones de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.
- b)** Determinar qué supuestos de hecho causantes de daño están sujetos únicamente a responsabilidad civil, cuáles quedan sujetos sólo a responsabilidad penal y cuándo quedan sujetos a ambos tipos de responsabilidad.
- c)** Determinar los criterios fundamentales aplicados respecto a la reparación civil en relación a la responsabilidad penal, seguidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de nuestro país.
- d)** Desarrollar argumentos sólidos y coherentes para uniformizar los criterios aplicables a ambos tipos de responsabilidad (Penal y Civil).

1.3.3. FINALIDAD

Con el logro de los objetivos anotados, se pretende proponer rigurosamente, ideas que permitan el conocimiento adecuado de las instituciones jurídicas tratadas, y de este modo propender al debido aprovechamiento del rendimiento jurídico de las mismas, así como lograr su funcionalidad dentro del Sistema Jurídico.

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Ante la problemática descrita, la misma que además de grave es numerosa, es que hemos realizado la presente investigación, propendiendo a la comprensión de la misma por parte de Jueces, Fiscales, miembros del Tribunal Constitucional y Abogados en general, con la finalidad de plantear algunas alternativas de solución y de determinar la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito, así como precisar el contenido de las categorías jurídico penales vinculadas al tema.

En este sentido, la presente investigación se justifica plenamente, y a la fecha reviste especial importancia, ya que, como queda descrito, la problemática relativa al tema se muestra totalmente preocupante para todos los agentes vinculados al quehacer jurídico y sobre todo, para las víctimas de los delitos, quienes ven burlado su justo derecho a la protección de sus bienes jurídicos afectados por las conductas delictivas; a la vez que también para los condenados al pago de la reparación civil, quienes pueden ver coactada su libertad sólo por el hecho de no contar con los recursos necesarios para cumplir con una obligación patrimonial.

Estando a la descripción de esta problemática, resulta imperioso investigar qué criterios deben desarrollarse y utilizarse para salir de esta confusión conceptual y evitar esta incertidumbre que contribuye a la inseguridad y deslegitimación del sistema jurídico y qué factores determinan o inciden sobre el mantenimiento de este estado de cosas; para ello hemos precisado previamente los fines y objetivos

con cuya concreción se pretende contribuir al enriquecimiento de la teoría jurídica al respecto. A la vez que al determinar la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito se propende a contribuir al logro de una eficaz aplicación de la normatividad pertinente en aras de un adecuado resarcimiento del daño proveniente del delito y de evitar violar el principio constitucional “que no hay prisión por deudas”. Buscando asimismo, esclarecer cuándo un hecho está sujeto únicamente a la responsabilidad civil extracontractual y cuándo nos encontramos ante un hecho sujeto a responsabilidad penal además de la civil, a la vez que, cuándo estamos frente a un hecho que pese a estar sujeto a responsabilidad penal no entraña responsabilidad civil. Todo ello pasa desde luego, necesariamente, por un debido entendimiento de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

2. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

La presente investigación se ha desarrollado teniendo como referentes teóricos, las categorías jurídicas propias de la teoría general de la responsabilidad civil, vista en su perspectiva moderna, en la que antes que considerar a la obligación resarcitoria como una *deuda* a cargo del agente del daño y poner el énfasis en los aspectos subjetivos de éste, se considera a la obligación resarcitoria como un *crédito* a favor del agraviado, enfatizando en el interés resarcitorio de éste y en el resultado dañoso que exige una pronta y adecuada reparación o resarcimiento. Igualmente, se ha tomado en cuenta las teorías y los criterios asumidos mayoritariamente por la doctrina contemporánea respecto a la responsabilidad civil extracontractual. Asimismo, el desarrollo de las categorías jurídico penales vinculadas a la imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad y punibilidad se ha realizado teniendo como base la Sistemática del Derecho Penal de orden teleológico, específicamente la orientación Político - Criminal planteada por Claus ROXIN, SCHÜNEMAN y sus seguidores, sin olvidar los componentes empíricos u ontológicos desarrollados por las corrientes anteriores, especialmente por la Teoría Finalista del Delito desarrollada por WELZEL y sus seguidores, sobre todo los planteamientos moderados de HIRSCH, dejándose de lado los planteamientos radicales de ZIELINSKY y SANCINETTI. Igualmente,

sin asumir la Teoría Funcionalista radical de JAKOBS, caracterizada por su normativismo extremo, por su metodología sistémica y por su prescindencia total del componente empírico, tomamos en cuenta algunas de las ideas formuladas por éste, en tanto y en cuanto no sean contrarias a la orientación Político - Criminal de ROXIN. Precisándose que el desarrollo teórico fundamental estará referido a la determinación de la naturaleza jurídica, así como a la precisión de los criterios de imputación de ambos tipos de responsabilidad (penal y civil); sobre todo en lo referente a las categorías comprendidas en la intersección del ámbito penal y civil; pues, aun cuando la responsabilidad civil y la penal pertenecen a ámbitos distintos del Derecho, con la comisión del delito se involucra a ambas.

3. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Esta investigación es de carácter descriptivo – explicativo orientada a precisar las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema. Se trata de una investigación de carácter eminentemente dogmático vinculado al ámbito de la doctrina general y de validez científica de los conceptos y categorías jurídicas bajo análisis, con especial énfasis en las doctrinas mayoritariamente aceptadas desde la perspectiva teórica así como desde su funcionalidad y rendimiento práctico dentro del ordenamiento jurídico y en la realidad social.

Precisándose que la presente investigación tiene como propósito fundamental, desarrollar y presentar los argumentos jurídicos sólidos y coherentes respecto a cada uno de los conceptos y categorías vinculados el tema, habida cuenta que el problema de investigación se ha generado a nivel de los conceptos y categorías esbozados por los operadores jurídicos y por la doctrina sobre la materia, al resolver los casos concretos. Tales son los criterios del Tribunal Constitucional, que al asumir, que la reparación civil proveniente del delito tiene ***naturaleza jurídico – penal***, aprueba el encarcelamiento de los condenados, por falta de pago de la obligación resarcitoria; a la vez que cambia totalmente la determinación de dicha obligación, puesto que con ello, la responsabilidad civil

queda sujeta a la culpabilidad del agente antes que a la magnitud del daño; asimismo, con este criterio, el factor de atribución de responsabilidad del tercero civil en el ámbito penal, se diluye; así como también se oscurecen otros aspectos propios de la responsabilidad civil proveniente del delito, en detrimento de la víctima, del agente del delito y de la propia seguridad jurídica. Por el contrario, con los criterios que sostienen la *naturaleza jurídica privada* de la reparación civil se llega a conclusiones y decisiones diametralmente distintas en el tratamiento de los casos concretos. Por ello, nuestra investigación está orientada a esclarecer esta problemática, presentando argumentos convincentes por su coherencia lógica, su rigor jurídico - doctrinario y su consideración teleológica y político criminal.

En este sentido, el desarrollo conceptual y sustento epistemológico del presente trabajo, se ha realizado a partir de la argumentación lógico-jurídica y de la asunción crítica de los criterios de *auctoritas*, así como de nuestros propios criterios dogmáticos y de toma de posición doctrinaria, con lo que a nuestro criterio se valida el desarrollo y conclusiones del presente.

Siendo así, no hemos desarrollado el aspecto empírico o casuística del problema, puesto que la determinación del mayor o menor número de casos no tiene incidencia en la apreciación o valoración de los aspectos comprendidos en la problemática de investigación, la que ha sido generada con las recientes decisiones del Tribunal Constitucional y la tendencia es a agudizarse.

4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

4.1.1. **(H-1):** La reparación civil proveniente del delito es de naturaleza privada o particular, descartándose todo intento de atribuirle una función punitiva o naturaleza jurídico penal.

4.1.2. **(H-2):** Los factores de imputación o atribución de responsabilidad civil son distintos a los de imputación de responsabilidad penal, aun

cuando los factores subjetivos coinciden en ambos tipos de responsabilidad.

4.1.2. (H-3): La función de la responsabilidad civil es fundamentalmente resarcitoria y sólo excepcional y mediatamente preventiva, en cambio la responsabilidad penal es eminentemente preventiva.

4.1.3. (H-4): Quedan sujetos únicamente a responsabilidad civil los actos dañosos que lesionando un interés particular (que no trasciende la esfera particular del sujeto), no lesionan un interés público de toda la sociedad. Por el contrario, quedan sujetos sólo a responsabilidad penal los casos en que sin lesionar un interés particular afectan el interés público a través de la creación de un riesgo o una puesta en peligro. Asimismo, quedan sujetos a responsabilidad civil así como a responsabilidad penal las acciones dañosas que afectan ambos tipos de interés.

4.1.4. (H-5): En nuestro país, la orientación jurisprudencial de la Corte Suprema le atribuye naturaleza privada de la reparación civil proveniente del delito. Contrariamente, la tendencia del Tribunal Constitucional le atribuye naturaleza jurídico penal; aun cuando no ha definido los fundamentos o razones de sus decisiones al respecto.

5. MÉTODO Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

5.1. MÉTODO

En el presente trabajo, se ha empleado los métodos de Análisis y Síntesis, así como el método Deductivo para trabajar la información teórica o doctrinaria; habiendo utilizado los métodos Dogmático, Exegético y la Hermenéutica Jurídica para el estudio e interpretación de la legislación pertinente.

Asimismo, como quiera que se trata de una investigación sobre instituciones o categorías jurídicas, su desarrollo conceptual y sustento epistemológico se ha realizado a partir de la argumentación lógico-jurídica, especialmente los argumentos deductivos, los argumentos por analogía y los argumentos de autoridad entre otros; estos últimos, sin embargo, han sido asumidos de manera crítica, a la vez que han sido rechazados cuando se han desarrollado contra-argumentos respecto a sus premisas esenciales. De otro lado, cuando en la doctrina hemos encontrado criterios contradictorios con el mismo peso argumentativo, presentaremos nuestros propios argumentos, esto es, hemos desarrollado nuestra propia posición doctrinaria.

De este modo, hemos arribado a las conclusiones que presentaremos como corolario de la presente investigación, el que a la vez, se corresponde con las hipótesis de investigación formuladas.

5.2. TECNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

5.2.1. FICHAJE DE INFORMACIÓN DOCTRINARIA

Se ha empleado las fichas bibliográficas a fin de recabar y guardar la información obtenida de los diversos trabajos consultados para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados; debiendo precisarse que el fichaje de información, se ha realizado fundamentalmente por intermedio del registro informático. Asimismo, se ha utilizado la información obrante en la red informática (internet), la misma que ha sido recabada a través de conocidos métodos de acceso a la información. Habiéndose complementado esta información con los criterios contenidos en las decisiones finales de los operadores jurídicos contenidas en sentencias y dictámenes o acusaciones, conocidas a través de publicaciones de diversa índole así como también con los criterios contenidos en las decisiones o sentencias del Tribunal Constitucional.

CAPITULO II

DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEORICO

1. CONTROL SOCIAL Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Toda sociedad o grupo social, al integrarse como tal, reconoce a cada individuo determinados intereses, facultades o prerrogativas orientados a lograr los fines, que la sociedad en su conjunto y los componentes de la misma en particular, se han propuesto conseguir. Sin embargo, por la interacción de los componentes del grupo, y por la propia conflictividad de la naturaleza humana, estos derechos o intereses pueden verse afectados, creando conflictos sociales que pueden desestabilizar las relaciones intersubjetivas, poniendo en riesgo la propia pervivencia de la sociedad o grupo social. Es por eso que la misma sociedad ha creado los mecanismos de control de cualquier conducta lesiva a estos derechos o intereses, reprobándolas como actos antisociales. Así como la sociedad ha generado el llamado **Control Social**,² del mismo que forma parte del Ordenamiento, y el cual está orientado al mantenimiento del orden y la paz social. Aun cuando el Control Social pareciera dirigirse únicamente a limitar la libertad de los miembros de la sociedad, debe entenderse que “... no sólo establece los límites de la libertad sino que es un instrumento llamado a socializar a sus miembros”³.

El control social se integra de normas, valores, instituciones culturales y entidades que representan el poder político estatal; lo que significa que “... hay un sistema general de *controles sociales* cuyos titulares son instituciones de muy diversa naturaleza, como la familia, la escuela, la iglesia, la empresa, los sindicatos y las asociaciones”⁴.

² Al decir de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ el control social es “... una de las condiciones básicas para asegurar la supervivencia de las modernas organizaciones estatales ... sin el cual las mismas son inimaginables”. *Derecho penal. Parte General*. Segunda Edición, Temis, Bogotá, 1995, p. 5.

³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: Op Cit. p. 6.

⁴ JESCHECK, Hans Heinrich: “*Tratado de Derecho Penal*” Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde., Bosch, Barcelona 1981 p. 4.

Consecuentemente, las normas jurídicas en general -el Ordenamiento Jurídico- y en particular las normas penales son solamente un elemento o una parte integrante del Control social.

El Control Social está compuesto por un lado por un *control no formal*, integrado por todas las normas e instrumentos de control provenientes de instituciones y entidades ajenas al Ordenamiento Jurídico, como las normas morales, educativas, eclesiásticas, usos, costumbres, convencionalismos etc., los mismos que tienen sus propios mecanismos de sanción o de reprobación. De otro lado por un *control formal*, compuesto precisamente por un orden formalizado y sistematizado que integra el llamado Ordenamiento Jurídico, el que asegura su propia inquebrantabilidad por medio de la coerción *estatal*. “El titular del orden social previo -control no formal-, es la sociedad en general; en cambio el titular del orden jurídico creado según un plan es el Estado, cuya misión protectora a través del Derecho es hoy más importante que nunca, en una sociedad de masas en que peligra la propia existencia del hombre”⁵.

El Ordenamiento Jurídico no es un simple conglomerado de normas o disposiciones legales, sino un sistema estructurado en base a principios rectores que sustentan y dan contenido armónico a las distintas disposiciones que lo integran. Este Ordenamiento viene a ser lo que comúnmente llamamos *Derecho objetivo*, pues como refiere Díez Picazo “... con las palabras Ordenamiento Jurídico se designa normalmente al entero conjunto de normas que en determinado momento histórico rigen en una comunidad. Preferimos hablar del Derecho Objetivo, más como Ordenamiento Jurídico que como norma, por diferenciar las normas ya sean legales o consuetudinarias, de los principios y del mismo sistema. De este modo, norma, principio y sistema son los tres elementos o factores que integran el Ordenamiento Jurídico, es decir lo que comúnmente llamamos Derecho Objetivo”⁶.

Este Derecho Objetivo al constituir un sistema, presenta como características su Unidad, su Coherencia y su Plenitud.

La Unidad es la característica que determina que todo el conjunto de normas y principios se deriven de una norma fundamental que es la que se ubica en la cúspide de la pirámide del sistema y da validez y justificación a las demás normas y principios

⁵ Ibidem.

⁶ PUIG BRUTAU, José: “*Introducción al Derecho Civil*”. Bosch, Barcelona, 1981 p. 26

derivados. Esta norma fundamental en nuestro Ordenamiento Jurídico Formal -Derecho Objetivo- está constituida por la Constitución Política del Estado, la que a su vez se sustenta en el Pacto o Convención Político - Social celebrado entre las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que en determinado momento histórico asumen el poder y establecen el fundamento de legitimación de la propia norma formal fundamental, y deciden discutir y sancionar (promulgar) la norma rectora o Constitución Política. Esta Constitución a partir de este momento adquiere autonomía en relación al Pacto Político Social y se convierte en la Suprema Norma del Ordenamiento Jurídico. Esto es, a través de este Pacto Social se decide instaurar un poder constituyente que a su vez dicta la Constitución Política. La norma fundamental no formal -pacto o convención-, por su propia naturaleza no es escrita ni expresa, y simplemente se presupone en todo ordenamiento jurídico, ya que el Poder Constituyente que dicta la norma formal fundamental, necesariamente tiene que sustentarse en una norma constituida que conjugue los intereses políticos, sociales y económicos del grupo social. La norma fundamental es el presupuesto que da unidad y cohesión al Sistema, el que aparentemente puede mostrar normas disímiles pero que finalmente convergen en un fundamento y objetivo comunes.

La Coherencia, determina que el Sistema no presente antinomias o contradicciones normativas insalvables, y que cualquier aparente contradicción sea resuelta con las normas y principios consagrados en el propio Ordenamiento Jurídico⁷. Así, una contradicción entre normas de distinta jerarquía será resuelta a favor de la de mayor jerarquía, una contradicción entre una norma general y una especial será resuelta a favor de la especial, una contradicción entre una norma anterior y otra posterior será resuelta a favor de esta última; y finalmente, en toda contradicción en que no se pudiera aplicar los criterios anotados, se resolverá aplicando el principio de favorabilidad, si estuviera involucrado algún derecho fundamental.

La plenitud implica que el Ordenamiento Jurídico prevé todos los supuestos fácticos que pueden presentarse en el curso de las relaciones intersubjetivas, y que cuando no existe una norma específica para determinado supuesto, éste se resolverá

⁷ Klaus TIEDEMANN, evocando a KELSEN y MERKEL, armonizando la Unidad con la Plenitud, refiere: “De acuerdo con la idea de la unidad del ordenamiento jurídico las diversas ramas del derecho no deben contradecirse. (...): el Derecho se forma progresivamente por grados, de manera escalonada, de modo que la Constitución es la norma suprema; la misma que constituye la razón de existir de la norma ordinaria, influenciando por esto su contenido”. *“Constitución y Derecho Penal”*. Palestra, Lima, 2003, p. 71.

recurriendo a un mecanismo de integración⁸ o a un principio general del sistema; por lo que no se dejará de resolver los conflictos por ausencia o deficiencia de las normas jurídicas específicas⁹.

Siendo así, el Ordenamiento Jurídico vincula a sus normas y principios de tal manera que facilita la resolución de todos los conflictos sociales y la protección de los bienes jurídicos de la manera más eficiente, uniforme y coherente; y aun cuando se han creado normas específicas para las distintas parcelas del ordenamiento -que resultarían de aplicación preeminente para supuestos fácticos correspondientes a ese sector jurídico-, estas normas de todas maneras se enmarcan dentro de los principios fundamentales ordenadores del sistema, y por tanto tendrán que interpretarse y aplicarse en este contexto. A la vez que las normas generales resultarán de aplicación indirecta o supletoria a los supuestos previstos por una norma jurídica específica.

Asimismo, las normas específicas de un sector pueden resultar de aplicación derivada a otros sectores del derecho, toda vez que lo que rige en la sociedad, para la resolución de los conflictos sociales y la protección de los bienes jurídicos, es precisamente el Ordenamiento Jurídico en su conjunto -sistema, principios y normas- y no únicamente una rama determinada del ordenamiento en particular. Así por ejemplo, en un proceso judicial, si bien es cierto que se aplicarán las normas procesales como instrumento jurisdiccional fundamental -y más específicamente las normas correspondientes al tipo de proceso de que se trate-, también se aplicarán las normas sustantivas para resolver el caso, a la vez que las normas constitucionales que trazan el marco rector de todo el ordenamiento. Igualmente, en un proceso penal, se aplicarán no solamente las normas de contenido penal o procesal penal, sino también las normas de los ámbitos civil, comercial, tributario, etc., cuando el caso lo amerite.

⁸ El principal mecanismo de integración del Ordenamiento Jurídico, es la aplicación de la **analogía** (argumento por analogía o analógico), a través de la cual, con la finalidad de llenar una vacío o un defecto del ordenamiento, se aplica la consecuencia jurídica prevista para un hecho, a otro hecho para el cual no se ha previsto nada, por la sencilla razón de que este último hecho es análogo al primero (ambos hechos poseen las mismas características esenciales, aunque difieren en elementos accesorios), y por tanto, existe la misma razón para aplicar la misma consecuencia. En esta solución, el intérprete u operador jurídico, prácticamente crea una norma en la que comprende al caso no previsto, y con esta norma resuelve el caso (en esta “norma creada por el intérprete” el supuesto fáctico es el hecho análogo no reglado y la consecuencia jurídica aplicable a éste es la prevista para el caso reglado). El fundamento de la aplicación de esta norma “creada” por el operador jurídico está en que, si el legislador hubiese previsto este hecho no reglado, es seguro que lo hubiera regulado de la misma manera que lo ha hecho con el caso análogo, dada su naturaleza similar o “análoga”.

⁹ BOBBIO, Norberto: *“Teoría General del Derecho”*. Temis, Bogotá, 1992, pp. 141 a 238.

En tal sentido, para resolver lo pertinente respecto a la obligación resarcitoria - reparación civil- en un proceso penal, además de las normas de contenido penal y procesal penal, se aplicarán necesariamente todas las demás normas jurídicas vinculadas a dicha obligación, sobre todo las normas relativas al ámbito del derecho civil y procesal civil, en concordancia con las normas y principios rectores del sistema.

2. SISTEMA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD

La protección por parte del Ordenamiento Jurídico a los bienes, intereses, derechos o facultades de los integrantes de la sociedad, les otorga la calidad de bienes jurídicos¹⁰, a la vez que los convierte en objeto de su protección o tutela¹¹, y cuando se les ocasiona una lesión o puesta en peligro, el Derecho acude en su resguardo atribuyendo **responsabilidad** a los autores de las acciones lesivas o peligrosas.

Atribuir responsabilidad implica que mediante la coerción estatal, se obliga al agente a **“responder”** por las consecuencias lesivas de sus acciones sobre los bienes jurídicos, pues éstos constituyen intereses vitales de la comunidad o del individuo, que debido a su importancia social son protegidos jurídicamente¹². La protección jurídica implica que a través del Ordenamiento Jurídico se realiza una valoración positiva de los bienes o intereses sociales, creando los presupuestos imprescindibles para preservar su permanencia e indemnidad, lo cual se concretiza recurriendo a la creación de normas jurídicas en las cuales subyace el juicio de valor del bien jurídico.

¹⁰ “... la tarea de protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos”. CEREZO MIR, José: **Curso de Derecho penal. Parte general**. T.I., Tecnos, Madrid, 2000, p.13.

¹¹ En este sentido, ZAFFARONI refiere: “cuando el legislador se encuentra frente a un ente, y tiene el *interés* de tutelar ese ente, es porque lo valora. Su valoración del ente se traduce en una norma, que eleva el ente a la categoría de **bien jurídico**. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar una tutela penal, en base a la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado”. **“Manual de Derecho Penal”**. Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, p.382.

Sin embargo, los bienes jurídicos no son protegidos contra toda forma de ataque o lesión, sino sólo de las más graves e insoportables que debilitan la confianza en la norma y ponen en peligro la convivencia pacífica. CASTILLO ALVA, José Luis: **“Principios de Derecho Penal”**. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 258. **“La violación sexual en el Derecho Penal Peruano”**. Jurista Editores, Lima, 2001, p. 22.

¹² O si se quiere como lo define ROXIN “... los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio Sistema”. **“Derecho Penal. Parte General”**. Traducción de Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

La responsabilidad es “... la carga legal (mejor, seguramente, es hablar de carga que de obligación) que recae sobre el autor o partícipe de un hecho (...), carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho (...). La responsabilidad es la situación legal en que una persona se ve inmersa para asumir coactivamente esas consecuencias como la carga de su obrar. Responsable, a su vez, es la persona que por haber ejecutado el hecho punible en circunstancias que no lo exoneran de cargar con las consecuencias jurídicas del mismo, se ve abocado por ley y la sentencia a soportarlas, sufrirlas o llevarlas sobre sí (...). Responsable *es la persona como tal, responsabilidad la situación jurídica que se le hace asumir por virtud de la sentencia condenatoria*. Jurídicamente nadie es responsable antes de ser condenado por el juez competente al término de un proceso legal”¹³. Si responder es contestar, dar razón de lo que se nos pregunta o se nos plantea, en materia de derecho debemos responder cuando nuestra actitud motiva un cuestionamiento, un interrogatorio que nos hace el mismo Estado o un particular. Responder es dar cuenta, es contestar, y en último extremo -cuando se demuestra que nuestra acción es contraria a aquélla que nos estaba mandada-, esa obligación de rendir cuentas hace que se nos tenga por responsables, y que debamos asumir las consecuencias de la violación en que hemos incurrido¹⁴. “*Responsabilidad* es la consecuencia final de la acción: reunidos todos los requisitos que la ley exige, el individuo debe responder ante la sociedad. Esa responsabilidad se traduce, en lo penal, en el cumplimiento de la pena, y en lo civil -generalmente- en el pago de una indemnización”¹⁵.

De otro lado, la valoración que el Ordenamiento Jurídico depara a los bienes, está en función de la trascendencia y el ámbito de influencia de éstos, pues, existen bienes jurídicos vinculados a un interés particular y otros que tienen que ver con los intereses públicos superiores de la comunidad¹⁶; ello determina las diversas formas de la reacción del derecho, que a la vez origina las distintas formas de *responsabilidad*; esto es, la responsabilidad Civil, la Responsabilidad Administrativa y la Responsabilidad Penal¹⁷.

¹³ FERNANDEZ CARRASQUILLA: “*Derecho Penal Fundamental*”. Vol. II, Temis, Bogotá, 1998, p. 441.

¹⁴ TERRAGNI, Marco A. “*Culpabilidad Penal y Responsabilidad Civil*”. Hammurabi, Buenos Aires, p. 16.

¹⁵ TERRAGNI, Marco Antonio: *Ob. Cit.* p. 160.

¹⁶ MARTOS NÚÑEZ, Juan: “*D. Penal. P. G.: Fundamentos del Derecho Penal*”. Civitas, Madrid, 2001. p. 43.

¹⁷ “... la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo es incluso la última de entre

En este sentido, existen bienes jurídicos cuyo contexto del interés protegido está vinculado únicamente al ámbito privado o particular de los individuos, y cuya lesión o ataque afecta únicamente al individuo en particular. En estos casos la reacción del Ordenamiento Jurídico propende a satisfacer o resarcir el interés particular lesionado, es decir, a reparar el daño ocasionado al bien jurídico con la conducta lesiva. Para estos supuestos el Ordenamiento Jurídico actúa mediante la llamada **responsabilidad civil**, proveniente del Derecho privado. Pero también existen otros bienes jurídicos vinculados a intereses generales que trascienden el interés particular del individuo, a los que el Ordenamiento Jurídico, dada su trascendencia, tiene especial interés en protegerlos. Estos son los llamados intereses públicos, para cuya protección se recurre al ejercicio del **JUS PUNIENDI** estatal, a través del cual el Estado ejerce su potestad administrativa sancionadora y la coerción penal, las mismas que dan origen a la **Responsabilidad Administrativa** y a la **Responsabilidad Penal** respectivamente.

En consecuencia, el Control Social Formal protege a los bienes jurídicos mediante la atribución de Responsabilidad Civil, Responsabilidad Administrativa o Disciplinaria, y/o Responsabilidad Penal, a los agentes de lesiones o daños causados a dichos bienes jurídicos.

2.1. SÍNTESIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Como se ha indicado, cuando se afecta o lesiona un bien jurídico particular, surge la pretensión del particular de ver reparado el daño sufrido, siendo esta pretensión la que se va a satisfacer mediante la **Responsabilidad Civil**. Es decir, la responsabilidad civil imputará o atribuirá al responsable la obligación de reparar el daño¹⁸, y simultáneamente hará surgir el derecho del afectado a obtener una debida reparación¹⁹. Consecuentemente, el fin perseguido por la responsabilidad civil es eminentemente,

todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.- . Por ello se denomina a la pena como la “*última ratio* de la política social” y se define su misión como protección *subsidiaria* de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho Penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésta no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho Penal”. ROXIN: **Ob. Cit.** p. 65.

¹⁸ “... la obligación de indemnizar se deriva única y exclusivamente de la manera –adecuada o inadecuada- como el individuo ha ejercido su libertad. Allí donde no existe libre desición, tampoco puede haber responsabilidad”. DE TRAZEGNIES GRANDA: **La Responsabilidad Extracontractual**. Fondo Ed. PUCP, Lima, 1987, p. 34.

¹⁹ DE GASPERI, Luis: **“Tratado de Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual”**. T. IV. Tea, Buenos Aires, 1964, p. 3.

*resarcitoria, reparatoria, indemnizatoria, restitutoria, compensatoria*²⁰ o inclusive, *satisfactoria*²¹, sin dejarse de lado los efectos preventivos que también se le atribuye²²; esto es, buscar el resarcimiento *del daño* causado²³. Pero como quiera que se trata de la afectación de un bien de interés particular, como toda obligación de contenido privado, el ejercicio del derecho de solicitar el cumplimiento de dicha obligación, queda sujeto a la libre voluntad y discrecionalidad del titular del bien afectado, quien decidirá en definitiva si solicita o no la reparación²⁴.

2.2. SÍNTESIS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Para la protección de bienes jurídicos cuyo interés trasciende el ámbito particular, interviene el Estado ejerciendo el *Jus Puniendi* estatal, es decir, ejercitando su derecho de imponer sanciones y penas a los agentes infractores de las normas protectoras de los bienes jurídicos. Conforme lo reconoce la doctrina dominante, el *Jus Puniendi* del Estado se articula en dos grandes brazos: el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador²⁵, constituyendo el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador dos especies de un mismo género, el Derecho sancionador; aun cuando finalmente cada brazo sancionador tenga sus propios mecanismos de funcionamiento²⁶. El Derecho Administrativo sancionador tiene como fin la aplicación

²⁰ Respecto al contenido y deferencias de estos conceptos, ver: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“La Reparación Civil en el Proceso Penal”*. Idemsa, Lima, 2005, p. 209 a 215.

²¹ Si se trata de daños materiales o patrimoniales, el fin de la responsabilidad civil será el resarcimiento o reparación con sus variantes de compensación o restitución, en cambio en el caso de los daños morales, sólo se podrá hablar propiamente de *satisfacción*, concepto que encuadra en el de indemnización, aun cuando este último se adapta a los dos tipos (moral y patrimonial o material). Sobre Satisfacción ver: PIZARRO, Ramón Daniel: *Daño Moral. Prevención, Reparación, Punición*. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 42.

²² Es criterio dominante en la doctrina civilística que la responsabilidad civil cumple finalidades preventivas en torno a los conflictos sociales, y ello precisamente constituye uno de los fundamentos de su existencia. Por todos, LE TOURNEAU, Philippe: *“La responsabilidad Civil”*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo, *Legis*, Bogotá, 2004, p. 21. Esta función preventiva, sin embargo, se debatirá y se asumirá una posición al respecto en el desarrollo del presente trabajo.

²³ Ver, CASTILLO ALVA, José Luis: *“Las consecuencias Jurídico Económicas del Delito”*. Idemsa, Lima, 2001, p. 91 y ss.

²⁴ Aun cuando en sistemas de reparación como el nuestro, el Ministerio Público también puede introducir la pretensión civil en el proceso penal, pero sin desplazar al agraviado o afectado por el delito, y por el contrario, si éste se hiciera presente en el proceso, constituyéndose en actor civil, desplaza al Ministerio Público, y puede transar o desistirse respecto a los extremos de la pretensión resarcitoria incoada.

²⁵ MESTRE, Juan: Citado por Danós Ordóñez. En *“Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública”*. En Revista JUS ET VERITAS. N° 10, año V, Lima, 1995, p. 150.

²⁶ “... se puede afirmar que hoy es doctrina dominante que la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de los Jueces y Tribunales, forma parte de un “genérico” *ius puniendi* del Estado, que es único,

de la sanción administrativa, a través de la potestad sancionadora del Estado, la misma que la ejerce la Administración Pública en general. Debiendo entenderse que esta potestad de la Administración Pública, constituye un poder natural o corolario de las competencias que le asigna el Ordenamiento Jurídico, ya que si la Administración tiene la potestad de mandar, ordenar, prohibir, etc., sería absurdo que no poseyera la potestad de **sancionar**, pensar lo contrario implicaría que sus mandatos sean en definitiva inoperantes e ineficaces²⁷.

Se ha sostenido que el Derecho penal protege bienes jurídicos previamente dados o existentes, y que las normas administrativas en cuanto desobediencias éticamente incoloras (contravenciones) están referidas a objetos de protección que son creados por primera vez por el Estado, es decir que no preexisten y por ello no configuran bienes jurídicos y por eso mismo no encajan en el concepto material de delito²⁸. Sin embargo, modernamente la doctrina es unánime en admitir que en ambos casos estamos ante bienes jurídicos preexistentes²⁹ que exigen protección a través del Ordenamiento Jurídico. Así por ejemplo, la fluidez del tránsito vehicular en las ciudades y en el interior de un país, es evidente que constituye un interés público y general de la colectividad, el mismo que preexiste a su regulación, y debe ser protegido. De este modo se estará facilitando el transporte y el intercambio de bienes y servicios necesarios para el correcto desenvolvimiento de la vida social; a la vez que de modo mediato se

aunque luego tenga lugar de dos formas distintas". NIETO A. Citado por Silvina BACIGALUPO en: "*La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*". Bosch, Barcelona, 1998, p. 233.

²⁷ DANOS ORDÓÑEZ, Jorge: "*Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública*". En Revista JUS ET VERITAS. N° 10, año V, Lima, 1995, p. 151.

²⁸ "... el Derecho penal tiene que proteger bienes jurídicos previamente dados (es decir, principalmente el clásico canon de los derechos individuales independientes del Estado), mientras que las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, o sea en cuanto contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales. Así pues, en el sentido de esta concepción, por ejemplo la lesión de la integridad física o de la propiedad es por su esencia un hecho punible; en cambio el aparcamiento incorrecto de un coche o la infracción de una ordenanza sobre empadronamientos o registros administrativos no encajan en el concepto material de delito, ya que el objeto de la protección o mandato ha sido absolutamente creado por primera vez por el Estado, o sea que no es preexistente y por ello no es un bien jurídico". Cita correspondiente a ROXIN, quien hace referencia a la doctrina tradicional creada por James Goldschmidt, Erik Wolf y Eberhard Schmidt; pero más adelante discrepa de este criterio, sosteniendo precisamente lo contrario. ROXIN: "*Derecho Penal. Parte General*". p. 53

²⁹ "En efecto, también las contravenciones lesionan bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo (ruido perturbador de la tranquilidad o descanso!) o son perjudiciales para el bien común (y con ello mediatamente también para el ciudadano). Incluso una prohibición de aparcamiento tiene la finalidad de impedir un atasco en las calles y asegurar de ese modo el libre comercio y movimiento; por tanto protege un bien jurídico". ROXIN, Claus: *Ob. Cit.* p. 57 y 71.

estará protegiendo bienes jurídicos superiores como la integridad física o la vida de las personas, los mismos que podrían verse afectados por un accidente de tránsito ocasionado por un mal estacionamiento vehicular, o por una colisión generada por la inobservancia de las normas reglamentarias. Lo mismo ocurre con los intereses que subyacen en las normas reguladoras de todos los sectores de la administración pública, cuya protección por ella misma, en muchos casos, puede ser incluso más eficiente que la propia protección proveniente del control penal³⁰. Siendo así, queda claro que este interés general es anterior y preexiste a la norma administrativa o reglamentaria y al acto infractor. En consecuencia, estos intereses, constituyen verdaderos bienes jurídicos objeto de protección del Ordenamiento Jurídico.

El Derecho Administrativo sancionador ha elaborado su propia doctrina o dogmática, la que aun cuando se encuentra en estado de desarrollo, ha generado sus propios mecanismos y principios de justificación de la potestad sancionadora, a la vez que ha determinado las autoridades encargadas de imponer las sanciones y las que deben hacerlas cumplir. El desarrollo de dicha dogmática, pese a su estado de insipiencia, viene siendo aplicada sin mayores problemas en todos los ordenamientos jurídicos, para lo cual ha hecho suyos en gran medida los principios y criterios del Derecho penal³¹. En este sentido, DANÓS ORDÓÑEZ sintetiza que “... la necesidad de juridificar la potestad sancionadora de la administración y de otorgar garantías a los particulares determinó la consagración jurisprudencial de la tesis que sostenía la identidad sustancial entre las sanciones administrativas y penales, de la que se deriva la aplicación al ilícito administrativo de una amplia gama de principios y garantías de orden penal, tales como los principios de legalidad, tipicidad, prohibición de analogía, irretroactividad de normas desfavorables, derecho a la defensa, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, *non bis in idem*, y otros”³². Asimismo, refiere el mismo autor que “en nuestro Ordenamiento Jurídico se acepta pacíficamente, con naturalidad, la

³⁰ “Uno de los medios utilizados para el control de las conductas delictivas de las personas jurídicas relacionadas con su actividad empresarial son las sanciones administrativas. Estas tendrían frente a la sanción penal la ventaja no sólo de aportar la necesaria eficacia preventiva, sino especialmente la posibilidad de salvar las dificultades presentadas por el principio de culpabilidad y de personalidad de las penas. La sanción administrativa sería una solución adecuada si fuera posible demostrar que el ilícito administrativo tiene naturaleza distinta del penal o, al menos, que las exigencias de éste no rigen respecto de aquél”. BACIGALUPO, Silvina: *Ob. Cit.* p. 232.

³¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Administrativo Español”. En: Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Coordinadores: MIR PUIG y LUZÓN PEÑA. Bosch, Barcelona, 1996, p.24. BACIGALUPO, S.: *Ob. Cit.* p. 235. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: “Derecho Penal Económico”. Idemsa, Lima, 1997, p. 185.

³² DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge: DANOS ORDÓÑEZ, Jorge: *Ob. Cit.* p. 251.

facultad de las entidades administrativas (Ministerios, Municipalidades y otras instituciones de derecho público) para determinar infracciones y aplicar sanciones en casi todos los sectores de la vida social regulados por el Derecho Administrativo”³³.

Queda claro así, que todas las ramas del derecho, confluyen para proteger los bienes jurídicos, y asumiendo el criterio esgrimido por GRACIA MARTÍN podemos afirmar que “... la aprehensión de la totalidad de los aspectos jurídicos relevantes de un caso requiere a menudo la intervención de diversos sectores del Ordenamiento Jurídico: el derecho penal, el derecho administrativo, el derecho civil, el derecho de seguros, etc. Ello supone que el hecho debe ser enjuiciado, sucesivamente con una pluralidad de criterios valorativos”³⁴.

En este sentido, así como la responsabilidad civil proveniente de las normas del derecho privado genera la obligación resarcitoria, y un proceso judicial sustentado en estas normas tiene como fin lograr el resarcimiento o reparación del daño causado al bien jurídico, el derecho administrativo sancionador, mediante la responsabilidad administrativa o disciplinaria, busca la prevención de las conductas infractoras mediante la imposición de la sanción administrativa, la misma que sin ser ejemplificadora o intimidante como la pena, también constituye la privación de determinados derechos, fundamentalmente económicos. Como refiere Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA - citado por Danós Ordóñez-, la sanción administrativa “... es un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”³⁵; debiendo diferenciarse “... la sanción administrativa de otras facultades reaccionales de la administración que en puridad no son modalidades sancionadoras, sino la adopción de medidas específicas con el objeto de exigir el cumplimiento de las leyes, restituyendo las cosas a la situación originaria (...) tales como: cese de publicidad infractora, rectificación de las informaciones engañosas, el comiso y/o la destrucción de los productos, envases y material publicitario infractor, etc.”³⁶. La sanción es siempre un

³³ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge: *Ob. Cit.* p. 149.

³⁴ GRACIA MARTIN, L: “*La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Propias Personas Jurídicas*”. En Revista Peruana de Derechos Penales. Nº 4. Grigley, Lima. 1994. p. 479.

³⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo: Citado por Danós Ordóñez, *Ob. Cit.* 156.

³⁶ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge: *Ob. Cit.* p. 156.

plus, supone algo nuevo, inexistente al momento de cometerse el ilícito, no la simple restauración de la realidad alterada por este último³⁷.

2.3. SÍNTESIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Entre los bienes jurídicos o intereses públicos sujetos al *jus puniendi estatal*, están los que configuran los presupuestos básicos de la convivencia social, los que aun cuando pueden clasificarse a su vez conforme a su mayor relevancia o jerarquía³⁸, son indispensables para la pervivencia de la vida social. La protección de estos bienes jurídicos está a cargo del Derecho penal y las demás ramas propias del control penal³⁹; esto es, los agentes infractores de las normas protectoras de estos bienes quedan sujetos a la atribución de **responsabilidad penal**, lo que a la vez implica hacerlos acreedores de la pena estatal cuya finalidad es preventiva y resocializadora. Sin embargo, para la aplicación de una pena es necesario determinar la dañosidad social de la conducta⁴⁰, el merecimiento de pena de la infracción, así como la necesidad de pena⁴¹. Esto implica que mediante el control penal y específicamente mediante la pena, el ordenamiento jurídico busca satisfacer un interés social público y no únicamente un interés particular o individual. Este interés público es distinto del interés individual que tendrá el titular

³⁷ SANTAOLALLA, Fernando. Citado por Danós Ordóñez. Ob. Cit. p. 156.

³⁸ Se puede establecer una jerarquía de los bienes jurídicos penalmente tutelados, en función a que los de mayor jerarquía son los que están referidos a la base de existencia del sistema, contándose en este rubro los derechos subjetivos individuales o derechos fundamentales como la Vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, el honor, etc; seguidamente los que están en conexión con el funcionamiento del sistema y que son los que protegen o crean las condiciones para la vigencia de los primeros, como el medio ambiente, la protección del consumo, la competencia, etc; luego los bienes jurídicos institucionales que están vinculados a la viabilidad de las relaciones intersubjetivas, como la fe Pública, la administración de justicia, etc; y finalmente los bienes jurídicos de control, referidos a la seguridad del Estado, etc. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: **“Derecho Penal Parte Especial”**. Segunda Edición, Ariel, Barcelona, 1991. p. 5.

³⁹ “... la misión del derecho penal -y en consecuencia del control penal- es proteger la convivencia en la comunidad”. JESCHECK, Hans Heinrich. **Ob. Cit.** p. 10.

⁴⁰ “La dañosidad social deberá entenderse como regla de minimización del uso de las posibilidades penales, en este sentido se excluye del ámbito penal, hechos exclusivamente inmorales ... La dañosidad social como criterio de minimización del uso del instrumental penal se orienta a valorar conductas que en plano material **efectivamente** lesionan la posición del sujeto, de la sociedad y de las instituciones, es decir que nos afecta a todos. No resultan dañosas socialmente aquellas conductas que por su naturaleza puedan ser absorbidas por otras áreas del derecho o puedan ser superadas en forma distinta a la penal”. URQUIZO OLAECHEA, José: **Ob. Cit.** p. 827.

⁴¹ “El merecimiento de protección jurídico penal tanto como la necesidad de la pena condicionará la existencia de los tipos penales ... La necesidad de pena determina que un objeto valorado, pasado por el tamiz de la dañosidad social y el merecimiento de pena por razones de utilidad afirma la sanción como recurso final (...). La necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos afflictivo”. URQUIZO OLAECHEA, José: **Ob. Cit.** p. 829 y 832 respectivamente..

específico del bien jurídico afectado. El titular de este interés público es la sociedad en su conjunto y se materializa en el proceso penal mediante el ejercicio público de la acción penal contra del agente de la infracción.

Siendo así, las conductas lesivas de los diversos bienes jurídicos quedan sujetas a la atribución de responsabilidad civil, penal y/o administrativa. No obstante, es de tenerse presente que, tanto la coerción penal así como la coerción administrativa y la coerción civil, se han diseñado y desarrollado con una concepción netamente individualista de los bienes jurídicos y de los agentes infractores de las normas protectoras de los mismos; por lo que la estructura de la dogmática penal, civil y administrativa responde a esta concepción. Sin embargo, el avance tecnológico e industrial de la sociedad, así como el crecimiento demográfico de la población y el fenómeno de la globalización, han generado nuevos riesgos, peligros y formas de ataque a los bienes, por lo que los sistemas de control formal, y específicamente el control administrativo disciplinario y el control penal, han tenido que redefinir sus mecanismos coercitivos a fin de lograr mayor eficacia y no quedar a la zaga de la realidad. En este sentido, se habla de la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas así como de la protección de bienes jurídicos colectivos.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1. EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Establecidas las premisas anteriores, pasaremos al estudio de la *responsabilidad civil* en particular, considerando su evolución y centrándonos en la concepción moderna de ésta, es decir, la que pone el énfasis en el daño y su necesidad de reparación antes que en aspectos subjetivos del autor o agente del daño. Pues como se sabe, desde su fuente romana, la responsabilidad civil no ha tenido el mismo contenido y fundamento⁴²; así por ejemplo en el derecho romano y posterior desarrollo de esta institución en la edad media, se aplicaba sanciones a los causantes de daños sin diferenciar si se trataba de una sanción civil o una penal⁴³; y esta sanción estaba

⁴² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Responsabilidad Extracontractual*. Fondo Editorial PUCP, 1988. p. 33 y ss.

⁴³ BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría general de la responsabilidad civil*. A. Perrot, 7ª edición, Buenos Aires, 1989, p. 14. ZAVALA DE GONZALEZ: *Resarcimiento de daños*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 80.

orientada y justificada en base a consideraciones subjetivas como la atribución de **culpa o dolo**. Es así como la culpa “... va a ser el fundamento de la responsabilidad civil; el autor del daño responde sólo y porque el mismo se ha producido por su culpa”⁴⁴. Para apreciar la culpa se tuvo que poner especial énfasis en la conducta del imputado y la forma como ésta se había materializado al ocasionar el daño, inclusive en muchos casos, ni siquiera se tomaba en cuenta el daño efectivo, ya que era suficiente con que la conducta resultara contraria a los intereses sociales o sea especialmente reprochable. De este modo se llegó a tener como centro de la responsabilidad civil al agente del daño, y la finalidad buscada con la misma era –como en la responsabilidad penal– sancionar al agente; pues, se buscaba fundamentalmente determinar a la persona del responsable del daño y precisar si se le podía atribuir culpa, y por ello se habló –y aún se habla– de culpa y no propiamente de responsabilidad.

Es así que el término **responsabilidad** se acuñó con una clara referencia a la culpa, llegando inclusive, en muchos casos, a identificarse ambos conceptos. Estas concepciones “... dieron a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista (...). La obligación de reparar o de resarcir parece una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprochable. Idea en la cual no está ausente el concepto cristiano del pecado”⁴⁵. En este sentido, De Ángel Yáguez manifiesta que “... sigue teniendo mucho peso entre nosotros la palabra *responsabilidad*. Con ella se pone el acento más en la persona del dañador que en la de la víctima, más en la conducta de aquél que en el resultado”⁴⁶. Esta misma concepción sirvió a la vez para diseñar una responsabilidad que obedecía a una realidad en la que estaban ausentes los riesgos y peligros propios del avance de la ciencia y de la técnica, los que al presentarse en la realidad actual, exigieron un replanteamiento de la responsabilidad, tanto desde una perspectiva social o colectivista así como desde los factores de imputación o atribución.

⁴⁴ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: *“Derecho de Daño”*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 19.

⁴⁵ ESTEVILL, Luis Pascual: *“Tendencias Actuales del Derecho de Daños”*. En “Derecho de Daños”, Coordinador: Luis Ribó Duran, Bosch, Barcelona, 1992, p. 99.

⁴⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *“Algunas Previsiones sobre el Futuro de la R. Civil”*. Civitas, Madrid, 1997, p. 16.

En esta nueva realidad, a la que se ha venido a llamar *sociedad de riesgo*⁴⁷, la realización de cualquier actividad implica uso de la técnica y la ciencia, a la vez que la complejidad del desarrollo de las actividades de intercambio de bienes y servicios, con los consiguientes peligros y riesgos, además de la división del trabajo y actividades, han conducido a una indeterminación de la relación de causalidad entre un hecho y un daño, y en consecuencia a la dificultad de la atribución o imputación de la responsabilidad, lo que ha determinado la exigencia impostergable de la ampliación de los cánones de la responsabilidad y las categorías que la integran, a fin de responder a las justas aspiraciones de seguridad planteadas por la sociedad y las personas. Esta nueva realidad y las nuevas necesidades, determinaron que se mire al daño -elemento más objetivo de la responsabilidad- como elemento básico en la relación agente – víctima, y fue ello lo que determinó la nueva concepción de la responsabilidad civil, deviniendo en la acuñación y desarrollo del llamado *Derecho de Daños*⁴⁸; el que sin haber llegado a remplazar a la *responsabilidad civil*, constituye un mecanismo preferente respecto a la protección de los bienes e intereses.

En el *Derecho de Daños* ha quedado debidamente esclarecido que la finalidad de la responsabilidad civil no es sancionar al autor del daño (para ello está la responsabilidad penal y la administrativa en su caso), sino lograr la reparación del mismo; es decir, se ha optado por poner énfasis en el resultado de la conducta más que en la propia conducta. Se ha pasado entonces, de la concepción de la responsabilidad a

⁴⁷ El concepto de sociedad de riesgo ha sido desarrollado en esencia por la doctrina alemana, siguiendo orientaciones fundamentalmente de la sociología (se cita entre los sociólogos a Ulrich BECK; F.X. KAUFMANN; GUIDENS y LUHMANN; quienes desarrollaron diversas perspectivas de esta sociedad de riesgo). La concepción de esta sociedad de riesgo, se caracteriza en términos generales por : a) El cambio en el potencial de los peligros actuales en relación a otras épocas. Ya no se trata de los peligros naturales de antaño, sino de grandes riesgos tecnológicos ligados a la explotación y manejo de energía nuclear, de productos químicos, de recursos alimentarios, de riesgos ecológicos, de tecnología genética, que suponen posibilidades de gran destrucción colectiva; los mismos que se acentúan con la eliminación de las fronteras generadas por la sociedad global. b) La complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad, con el considerable incremento de las interconexiones causales y su desconocimiento, junto al creciente carácter colectivo de las acciones humanas, que producen inclusive riesgos de autodestrucción. c) La constante sensación de inseguridad de los individuos, que reclaman la actuación de los instrumentos más gravosos del control jurídico (el control penal). MENDOZA BUERGO, Blanca: *“El Derecho Penal en la sociedad de riesgo”*. Civitas, Madrid, 2001, p. 25 y ss.

⁴⁸ En este sentido, varios autores ya no hablan de responsabilidad civil sino de Derecho de Daños, tales son los casos de CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: *“Derecho de Daños”*. Bosch, Barcelona, 1999. DIEZ-PICAZO Y POONCE DE LEÓN, Luis: *“Derecho de Daños”*. Civitas, Madrid, 1999. ROCA, Encarna: *“Derecho de Daños”*. Tirant lo Blach, Valencia 2000. RIBÓ DURAN, Luis: *“Derecho de Daños”*. Coordinador de Jornadas y Coloquios sobre Derecho de Daños. Bosch, Barcelona, 1992. BUERES, Alberto J.: *“Derecho de Daños”*. Hammurabi, Buenos Aires, 2001. Entre otros.

la concepción de reparación⁴⁹. Respecto al daño “... podemos decir que en la actualidad es el elemento por excelencia de dicha responsabilidad, el elemento esencial que ha de estar presente en todo caso, para que la acción u omisión, culpable o negligente origine la obligación de resarcir”⁵⁰. Se busca la reparación del daño independientemente de la reprochabilidad o culpabilidad del agente. De este modo se libera a la responsabilidad de su finalidad moralizadora, para incidir fundamentalmente en su finalidad reparadora⁵¹. En este mismo sentido se pronuncia De Trazegnies Granda, al referir: “Es así como se tomó más acentuadamente conciencia de que la responsabilidad extracontractual no tiene por objeto sancionar sino reparar: por tanto, el centro de preocupación está en la víctima y no en el causante. Este último será sancionado administrativamente con multas o suspensión de su licencia de conducir o podrá ser quizá hasta enjuiciado penalmente. Pero al Derecho civil le interesa aliviar a la víctima en los aspectos económicos del daño”⁵².

Por otro lado, al haberse diseñado la responsabilidad civil en torno a la persona desde una perspectiva individualista, todos los componentes de ésta también eran concebidos desde una óptica individualista, ya sea el hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad, el factor de atribución o el propio resarcimiento. Sobre todo los sujetos del daño eran vistos aisladamente, sin considerar la cadena de intervención de diversas personas o grupos sociales en cada una de las acciones dañosas ni las implicancias sociales de éstas. Así Luis Pascual Estevill comentando la legislación española al respecto dice: “En nuestro Código Civil la responsabilidad es por el hecho del hombre y es, por consiguiente, responsabilidad del autor material. Se admite, es verdad, una responsabilidad de los empresarios, pero siempre ligada a la propia culpa (*in eligendo o in vigilando*) con lo que responden algunos empresarios que son obviamente, empresarios individuales”⁵³. Pero con la nueva realidad socioeconómica y las nuevas

⁴⁹ “Pasar de la responsabilidad a la reparación es el resultado lógico de una situación en la que la búsqueda del autor material de un daño amenaza a menudo con no dar un resultado positivo”. ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *“La responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente”*. Aranzadi, Pamplona, 1995. p. 132.

⁵⁰ VICENTE DOMINGO, Elena: Citando a LA CRUZ BERDEJO, DIEZ PICAZO, SANTOS BRIZ, PUIG BRUTAU, etc. En *“Los Daños Corporales: Tipología y Valoración”*. Bosch, Barcelona, 1994. p. 29.

⁵¹ ESTEVILL, Luis Pascual: *“Derecho de Daños”*. Segunda Edición, Bosch, Barcelona, 1995. p. 72.

⁵² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. cit.* p. 50.

⁵³ ESTEVILL, Luis Pascual: *Ob. Cit.* p. 102.

relaciones intersubjetivas, se ha dado un giro hacia una perspectiva social o colectiva de todos los actos humanos, habiendo superado la concepción individualista, que resulta insuficiente para lograr el equilibrio reparador en los casos alterados por la producción de los daños⁵⁴. Pues la responsabilidad de corte individual, tal como refiere Estevill, citando a Diez Picazo “... no obstante su subsistencia formal (...), se encuentra hoy totalmente arrinconada en el desván de los olvidos”⁵⁵. En este mismo sentido se pronuncian los distintos autores extranjeros y nacionales⁵⁶.

Queda entonces establecido que la responsabilidad civil en cuanto a su perspectiva individualista también ha quedado superada, y actualmente se ha optado por la percepción colectivista o social de la apreciación de los daños y su implicancia en la sociedad, habida cuenta que, a la fecha, toda actividad humana tiene un contenido social, y todos los daños, en cuanto a su valuación y efectos, también tendrán un contenido social necesariamente⁵⁷. Esta colectivización también se aprecia en la relación de causalidad y en los factores de imputación⁵⁸.

Por otro lado, el criterio de atribución de responsabilidad fundado únicamente en criterios subjetivos y que considera a la culpa como eje central del sistema de responsabilidad civil, ha sido superado ampliamente; pues, en la diaria convivencia se presentan eventos de gran dañosidad social en los que no se puede probar la existencia de un actuar culposos, y por tanto no se puede atribuir responsabilidad a su autor, aun cuando quede acreditada la relación de causalidad. Por lo que de sujetarnos únicamente a la atribución de culpa, se permitiría la aparición de grandes sectores de daños que no quedarían sujetos a responsabilidad civil; esto es, se dejaría en la orfandad a grupos significativos de víctimas pese a haberse determinado (o poderse determinar) que el causante del daño se ha beneficiado con la realización de la actividad dañosa (aún cuando no ha incurrido en un actuar culposos). Ello ha llevado a sostener “... que las

⁵⁴ ESTEVILL, Luis Pascual: *Ob. Cit.* p. 101.

⁵⁵ ESTEVILL, Luis Pascual: *Ob. Cit.* p. 102.

⁵⁶ José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Ob. Cit.*; Luis Pascual ESTEVILL, “Derecho de Daños”, Bosch, Barcelona, 1995; Luis RIBÓ DURAN, “*Derecho de Daños*”, Bosch, Barcelona, 1992, en nuestro medio Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, “*Responsabilidad Extracontractual*”. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1988.

⁵⁷ “... se han consolidado otros criterios de imputación sobre la misma línea de consideraciones, las mismas que ceden más a las exigencias económicas y sociales que a los imperativos morales”. ALPA, Guido: *Responsabilidad civil y daños*. Traducción de Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 72.

⁵⁸ ESTEVILL, Luis Pascual: “*Tendencias Actuales*”. p. 102.

reglas de imputación y de transferencia del daño de la víctima a otra persona considerada como responsable (es decir, las reglas propias de la responsabilidad civil) no son las más adaptadas a las necesidades de la sociedad moderna y que son, además, incompletas, incoherentes e inadecuadas”⁵⁹. Ante este estado de cosas, se ha visto la necesidad de rediseñar la responsabilidad civil, atribuyendo responsabilidad al agente del daño mediante factores objetivos de atribución o imputación, además de los factores subjetivos (dolo y culpa).

Finalmente, ante la proliferación de los riesgos creados por los actos humanos se ha creado sistemas de protección a las víctimas de los daños, como los *Sistemas de Seguros*, que evaluando a priori la causación de los daños y su magnitud, cubren la reparación de los mismos en las condiciones y cantidades fijadas por la ley o el convenio⁶⁰.

Con el establecimiento de estos sistemas de seguros, que en nuestro país, aunque en pequeña escala, también se han desarrollado, algunos tratan de restar importancia a la responsabilidad civil, ya que consideran que para el funcionamiento de estos sistemas no se necesita recurrir a las categorías propias de la responsabilidad civil; sin embargo otros incluyen a estos sistemas dentro del marco de la responsabilidad civil, considerando que éstos obedecen a un factor objetivo de distribución social de los riesgos. En este sentido se pronuncia De Trazegnies Granda al sostener que: “Este tipo de reflexiones ha guiado el pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la responsabilidad extracontractual, llamada de la distribución o difusión social de los daños (...). La distribución social del daño ha sido también llamada por la doctrina “distribución del riesgo”⁶¹. En el presente trabajo así como en nuestros trabajos anteriores, también consideramos a estos sistemas de seguros dentro de la

⁵⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Ob. Cit.* p. 24.

⁶⁰ “En todas las sociedades cuyo desarrollo económico ha permitido poner en práctica una protección social avanzada y un sistema de seguros sólidos, varias orientaciones aparecen a *priori* como posibles para resolver las cuestiones que plantea la protección de las víctimas de los daños. El legislador puede, en efecto, elegir la ampliación del ámbito de la seguridad social y favorecer el seguro directo de ciertos perjuicios, lo que conduce a reducir la importancia del papel atribuido a la responsabilidad civil. Pero puede, por el contrario optar en favor del desarrollo y de la extensión de la responsabilidad civil, favoreciendo su práctica y su garantía a través del seguro de responsabilidad, a fin de no aumentar desmesuradamente la importancia de los procedimientos de socialización directa de los riesgos”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Ob. cit.* p. 21.

⁶¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* p. 52.

responsabilidad civil y más específicamente dentro del llamado derecho de daños⁶², del mismo que son un complemento importante.

Dentro de esta nueva perspectiva de la responsabilidad civil, en que se pone especial énfasis en el daño, en una orientación colectivista o social de la imputación, en la revisión de la causalidad y en la implementación de factores objetivos de atribución de responsabilidad, estudiaremos los elementos configurativos de la responsabilidad civil; esto es, trataremos del hecho dañoso, del daño, de la relación de causalidad, de los factores de atribución de responsabilidad, de la reparación o resarcimiento y de los demás conceptos vinculados a éstos.

1.3. FUNCIONES QUE SE LE ATRIBUYE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.2.1. FUNCIÓN RESARCITORIA

Estando a las ideas vertidas y atendiendo a la evolución de la responsabilidad civil, así como en congruencia con los criterios manejados en la doctrina nacional y extranjera⁶³, se sostiene en forma unánime que la función natural de la responsabilidad civil o del Derecho de daños, es la **reparación o resarcimiento de los daños causados a la víctima**, sea ésta individual o colectiva; constituyendo dicha función su razón de ser o fundamento dentro del ordenamiento jurídico y del control social. Inclusive desde una perspectiva de eficiencia vinculada al funcionamiento del mercado y al análisis económico del derecho, se llega a la conclusión de que en la sociedad moderna “... el fin

⁶² En nuestro país, respecto a los daños que pueden ocasionarse a la vida o salud de las personas a través de bienes riesgosos (vehículos motorizados), se ha establecido un sistema de Seguro Obligatorio, el mismo que está regulado por la Ley N° 27181 y su Reglamento Decreto Supremo N° 024-2002-MTC y demás normas complementarias.

⁶³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Responsabilidad Extracontractual*, Fondo Editorial PUCP, 1988; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Séptima edición, Buenos Aires, 1989; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde: *Resarcimiento de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: *Derecho de Daño*, Bosch, Barcelona, 1997; ESTEVILL, Luis Pascual: *Tendencias Actuales del Derecho de Daños*, en Derecho de Daños, Coordinador: Luis Ribó Duran, Bosch, Barcelona, 1992; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1997; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999; ROCA, Encarna: *“Derecho de Daños”*, Tirant lo Blach, Valencia 2000. RIBÓ DURAN, Luis: *Derecho de Daños*, coordinador de Jornadas y Coloquios sobre Derecho de Daños. Bosch, Barcelona, 1992. BUERES, Alberto J.: *Derecho de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *La responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente*, Aranzadi, Pamplona, 1995; VICENTE DOMINGO, Elena: con citas de LA CRUZ BERDEJO, DIEZ PICAZO, SANTOS BRIZ, PUIG BRUTAU, En *Los Daños Corporales: Tipología y Valoración*. Bosch, Barcelona, 1994; ESTEVILL, Luis Pascual: *Derecho de Daños*, Segunda Edición, Bosch, Barcelona, 1995; ALPA, Guido: *Responsabilidad civil y daño*. Traducción de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; PIZARRO, Ramón Daniel: *Daño Moral. Prevención, reparación, punición*. Hammurabi, Buenos Aires, 2001; entre otros.

fundamental de las reglas de la responsabilidad es, en consecuencia el perfil resarcitorio⁶⁴.

3.2.2. FUNCIÓN PREVENTIVA

Asimismo, también se le atribuye una función *preventiva* de futuras lesiones a los bienes o intereses jurídicos⁶⁵; en este sentido, PIZARRO refiere: “La prevención representa una nueva función del denominado ‘Derecho de daños’. Tanto en el Derecho comparado como en nuestro país, se advierten tendencias doctrinarias decididas a favor de los remedios preventivos, que se presentan como complemento idóneo y necesario de las vías resarcitorias⁶⁶. Esta función preventiva puede ser *general o específica*. La primera referida al efecto disuasorio que transmite la amenaza efectiva de la consecuencia legal frente a la producción del hecho dañoso, y la segunda referida a la imposición de deberes especiales a determinados sujetos vinculados a actividades riesgosas o peligrosas a fin de evitar al consumación de daños o a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada.

Sin embargo, no todos los autores manejan el mismo criterio para fundamentar esta función de la responsabilidad civil, así algunos consideran que ésta cumple su función preventiva en cuanto hace surgir una obligación *inhibitoria* frente al peligro, a fin de evitar que se produzca o continúe el perjuicio, sobre todo en casos de daños a la salud pública, al ambiente⁶⁷, o en general en casos en que si el daño se produjese no se

⁶⁴ ALPA, Guido: *Responsabilidad civil y daño*. Traducción de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 78. Quien inclusive agrega (cita 111), que este criterio al ser acogido extensamente por una amplísima literatura, no exige documentación; pues cada referencia bibliográfica no será más que redundancia.

⁶⁵ DIEZ – PICAZO: *Ob. Cit.* p. 47; ZAVALA DE GONZALEZ: *Ob. Cit.* p. 69; PIZARRO: *El daño moral. Prevención, reparación, punición*. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 339 y ss; LE TOURNEAU, Philippe: *La responsabilidad civil*. Traducción de Tamayo Jaramillo, Legis, Bogotá, 2004, p. 32; ALPA, Guido: *Responsabilidad civil y daño*. Traducción de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; PUGLIATTI: *Responsabilità Civile*. Giuffrè, Milano, 1968, p. 49 y ss; LORENZETTI, Ricardo Luis: *La responsabilidad civil*. En: Responsabilidad civil. Derecho de Daños. Teoría General de la responsabilidad civil. Dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila, Grijley, Lima, 2006, p.492; entre otros. Criterio contrario a esta función expresa DE ÁNGEL: *Tratado de responsabilidad civil*. Civitas, Madrid, 1993, p. 60. Debe precisarse sin embargo, que no todos estos autores asumen que la responsabilidad civil tenga propiamente esta función, sino más bien que se refieren a su existencia, para luego cuestionarla o descartarla.

⁶⁶ PIZARRO, Ramón Daniel: *Daño Moral. Prevención, reparación, punición*. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 339. Y agrega: “El tema asume especial relieve en materia de daño moral. Desde el punto de vista de la víctima, la prevención del daño es siempre ‘preferible a su reparación’”. p. 339.

⁶⁷ ZAVALA DE GONZALEZ: *Ob. Cit.* p.69. PÉREZ VARGAS, Víctor: *La tendencia expansiva del Derecho de daños. Perspectiva de unidad latinoamericana*. En: Responsabilidad civil. Derecho de Daños. Teoría General de la responsabilidad civil. Dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila, Grijley, Lima, 2006, p.193.

podría encontrar remedio en el resarcimiento, encontrándonos ante un caso de irreparabilidad⁶⁸. Dichos autores asumen que esta función preventiva viabiliza las acciones inhibitorias procesales sobre todo cuando se trata de riesgos a bienes jurídicos fundamentales⁶⁹. Otros afirman que el reflejo preventivo se concreta a través de la latente reacción del ordenamiento jurídico, que obliga a reparar, lo que a la vez genera una acción psicológica intimidadora ejercitada por el conocimiento de tal reacción⁷⁰. Ello implica reconocer que la norma jurídica “... aparte de un mandato o prohibición – precepto- comprende también la amenaza de unas consecuencias desfavorables para el caso de violación del precepto –sanción-. En cuanto tal consecuencia constituya una amenaza con el fin de reintegrar el interés lesionado, la norma pretende *sancionar la violación* del precepto, conminando al responsable a la *reparación del daño*”⁷¹. Pues, la amenaza con el resarcimiento produciría una motivación psicológica que inclina a obedecer el precepto, a abstenerse de su violación, esto es, a no producir el daño. Concluyéndose que toda regulación de la responsabilidad civil deberá responder a fines preventivos y no solamente reparadores⁷².

3.2.3. FUNCIÓN SANCIONADORA O PUNITIVA

De otro lado, también se sostiene que la responsabilidad civil tiene una función *sancionadora*, llegando a hablarse de “*daños punitivo*” y de “*pena civil*”⁷³. Con ello, se

⁶⁸ “Para entender la irreparabilidad del daño debe considerarse que hay veces en que el resarcimiento aunque jurídicamente sea posible, no se adapta bien a la reparación del daño (piénsese en los daños producidos a los derechos de la personalidad); o encuentra dificultades para determinarlo o medirlo; o no puede efectuarse en la práctica a causa de la situación económica del responsable”. DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*. Bosch (Barcelona), Imprenta universitaria de Bogotá, 1996, p. 574.

⁶⁹ “Cualquier regulación nueva deberá responder a retos inminentes: genoma humano, inicio de la vida humana, valor del proyecto existencial, inadecuación de las tablas indemnizatorias en materia de salud, derechos fundamentales de todos nosotros como consumidores y como habitantes del ambiente inmediato y planetario. En la determinación de los principios antes expuestos, deberá partirse de los valores que resultan afectados por estos nuevos acontecimientos: la vida, la salud, el ambiente y conjugar estas afirmaciones con reglas de legitimación con fines preventivos y no solamente reparadores”. PÉREZ VARGAS, Víctor: *Ob. Cit.* p. 196.

⁷⁰ DE CUPIS, Adriano: *Ob. Cit.* p. 572.

⁷¹ DE CUPIS: *Ob. Cit.* p. 581.

⁷² PÉREZ VARGAS, Víctor: *Ob. Cit.* p. 196.

⁷³ Por todos, TRIGO REPRESAS, Félix A.: *Daños punitivos*. En: La Responsabilidad. Libro Homenaje a Isidoro Goldemberg, Abeledo Perrot, Buenos Aire, 1995, p. 393 y ss. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde y GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo Martín: *Indemnización Punitiva*. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro homenaje a Atilio Anibal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. PIZARRO: *Ob. Cit.* p. 369 y ss; quien asume entusiastamente la función punitiva de la responsabilidad civil, pero más que todo vinculada al daño moral. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de la responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica,

asume que la reparación civil cumple una finalidad igual o similar a la de la pena diseñada y desarrollada en la órbita del Derecho penal.

Entienden como “*daños punitivos o penas civiles*” a “... ciertas sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”⁷⁴; asumiéndose como finalidades de estos daños (punitivos o penas civiles)⁷⁵, la prevención y punición de graves inconductas⁷⁶, el restablecimiento del equilibrio emocional de la víctima, la reprobación social frente a las conductas graves, la protección del equilibrio del mercado así como el desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos⁷⁷, entre otras⁷⁸. O también como refiere TRIGO REPRESAS: “Con ello se persigue una doble finalidad: la de sancionar al sujeto dañador por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable, y además la de desterrar (*deterrence*) la eventual reproducción de futuros proceder ilícitos parecidos, mediante la disuasión o desanimando al agente del daño”⁷⁹. En general para viabilizar estos daños punitivos se exige que el dañador haya logrado un beneficio económico muy superior al monto de la obligación resarcitoria a que hubiera lugar y que el agente haya actuado mediando dolo o grave negligencia⁸⁰, aun cuando también se dice que en el caso de la indemnización

Lima, 2002, p.37; el que asume la función sin proporcionar mayores argumentos al respecto; DE CUPIS: *Ob. Cit.* p. 580 y ss. DIEZ – PICAZO: *Ob. Cit.* p. 44. ALPA: *Ob. Cit.* p. 70. LORENZETTI: *Ob. Cit.* p. 493; aún cuando estos dos últimos únicamente hacen referencia a esta función punitiva o sancionatoria, para luego restarle importancia en el ámbito de la responsabilidad civil. PÉREZ VARGAS: *Ob. Cit.* p. 199; autor que hace su análisis únicamente a partir la concepción de la responsabilidad en el *Common Law*.

⁷⁴ TRIGO REPRESAS: *Ob. Cit.* p. 288. PIZARRO: *Ob. Cit.* p. 374. El autor hace la aclaración de que la denominación de *daños punitivos* resulta objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad mas no el daño en sí. En igual sentido REGLERO CAMPOS, Fernando: *Tratado de responsabilidad civil*. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 62.

⁷⁵ TRIGO REPRESAS se refiere adicionalmente a ‘culpa lucrativa’ y a ‘pena privada’ en indica: “... cuando se habla de los *daños punitivos* o de la *culpa lucrativa*, la idea subyacente es la de la utilización de la responsabilidad civil a título de ‘pena privada’, o sea de atribuir a la condenación pronunciada contra el responsable el carácter de una penalidad civil, que no diferiría mayormente de la pena pecuniaria pronunciada por el juez penal”. *Ob. Cit.* p. 288.

⁷⁶ De esto se aprecia inclusive una concepción retributiva en la concepción de la sanción, criterio que en el Derecho penal ya ha sido mayoritariamente descartado.

⁷⁷ Apréciase que todas estas funciones son precisamente funciones de la pena desarrollada en el ámbito penal.

⁷⁸ PIZARRO, *Ob. Cit.* p. 381 y ss.

⁷⁹ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA: *Ob. Cit.* p. 562.

⁸⁰ TRIGO REPRESAS: *Ob. Cit.* p. 285. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde y GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo Martín: *Ob. Cit.* p. 191.

por daño moral no se trata propiamente de una reparación (o satisfacción) sino de una punición disfrazada⁸¹. En otros términos, también se señala como funciones de estos daños punitivos, sancionar al dañador, prevenir sucesos lesivos similares y eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa⁸². Asimismo, desde una perspectiva de acercamiento del derecho europeo y latinoamericano a la órbita del Common Law, se sostiene que sería importante tomar en consideración la función preventiva y ejemplarizante de la indemnización punitiva de las *class action*, la *injunction* y los *punitive damages* del Derecho Anglosajón⁸³; o las expresiones *exemplary Damages*, *vindictive damages*, *non compensatory damages*, *penal damages*, *aggravated damages*, *additional damages*, *smart money*, etc.⁸⁴

Claro que esta función sancionadora o punitiva no es mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia, por el contrario, es criticada categóricamente por autorizados autores, crítica que inclusive alcanza en muchos de los casos a la función preventiva atribuida a la responsabilidad civil.

3.3. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LAS FUNCIONES ATRIBUIDAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.3.1. RESPECTO A LA FUNCIÓN RESARCITORIA

En cuanto a esta función de la responsabilidad civil, tal como refiere ALPA, al constituir un criterio acogido extensamente por una amplísima literatura, no se exige documentación; pues cada referencia bibliográfica no sería más que redundancia⁸⁵. Ya que no existe autor alguno que le niegue tal función o finalidad. Siendo así, no vamos a detenernos a justificar este extremo, únicamente queremos referirnos brevemente a la terminología usada por la literatura y la legislación al tratar del resarcimiento, a fin de facilitar la comprensión del presente trabajo. Esto es, vamos a precisar el contenido o

⁸¹ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde y GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo Martín: *Ob. Cit.* p. 193.

⁸² ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde y GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo Martín: *Ob. Cit.* p. 189.

⁸³ PÉREZ VARGAS, Víctor: *La tendencia expansiva del Derecho de daños. Perspectiva de uniformidad latinoamericana*. En: Responsabilidad civil. Derecho de Daños. Teoría General de la responsabilidad civil. Dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila, Grijley, Lima, 2006, p. 199.

⁸⁴ TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA con cita de Kemelmajer, Pizarro y Bustamante Alsina, en: *Tratado de la responsabilidad civil. El Derecho de daños en la actualidad*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 557.

⁸⁵ ALPA, Guido: *Responsabilidad civil y daño*. Traducción de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 78.

significado de los términos *resarcimiento*, *reparación*, *indemnización*, *restitución*, *compensación* y *satisfacción*, indicando sin embargo, que cualquier definición no alcanza a ser unánime ni definitiva.

La doctrina y la legislación civil utilizan los términos **‘resarcimiento’** e **‘indemnización’** con mucha mayor frecuencia y sólo en términos excepcionales se refieren a **‘reparación’**; tratan a estos tres términos generalmente como sinónimos, aun cuando algunos autores han establecido ciertas diferencias en forma específica. Sin embargo, estas diferencias no son uniformes y en muchos casos son contradictorias⁸⁶, por lo que no podemos tenerlas en cuenta al definir estos conceptos. Así, se considera a la **reparación** como concepto genérico que comprende todo tipo de medios para restablecer las cosas a su estado anterior al daño, comprendiendo inclusive a la restitución y a los medios de reparación extrapatrimonial⁸⁷; esto es, comprende el resarcimiento como tal (otorgamiento a favor del perjudicado de una suma de dinero, adecuada, para originar una situación económicamente equivalente a la comprometida), así como la reintegración en forma específica (creación de una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de producirse el daño, como la reposición de la cosa, la entrega de una cosa con iguales características que la dañada, etc.⁸⁸). Igualmente los términos **resarcimiento e indemnización** son usados como sinónimos, y están referidos al otorgamiento de una prestación a favor del perjudicado por parte del agente del daño. Esta prestación puede ser dineraria u otra equivalente. Por lo que debe descartarse la postura que asume que la indemnización comprende únicamente la entrega, por todo concepto, de una suma de dinero a favor del agraviado, en la misma que no se comprendería otros conceptos resarcitorios. En este sentido, DE TRAZEGNIES teniendo en cuenta su sentido etimológico, sostiene que ambos términos son equivalentes, e indica “... ‘indemnizar no quiere decir pagar una suma de dinero, simplemente reparar, cualquiera que sea la forma que adquiera la reparación. Esta significación es confirmada por el diccionario de la Lengua Española de la Real

⁸⁶ En anterior oportunidad, en las dos ediciones de nuestro libro *La reparación civil en el proceso penal*, hemos sostenido algunas diferencias entre estos conceptos. Sin embargo, a la luz de mayor información doctrinaria y un más detenido análisis de la legislación, particularmente la nuestra, concluimos que resulta difícil sostener tales diferencias.

⁸⁷ DE TRAZEGNIES: *Ob. Cit.* p. 115.

⁸⁸ DE CUPIS, Adriano: *“El Daño. Teoría General de la responsabilidad Civil”*. Temis, Bogotá, 1996, p. 747.

Academia, que define indemnizar como resarcir un daño; y a su vez, a la palabra resarcir le da ambos significados: como reparar (en términos generales) y como compensar (que parece evocar más al pago de otro bien a cambio del bien dañado). Por consiguiente, podemos afirmar válidamente que la lengua castellana no vincula necesariamente la indemnización a un pago de dinero”⁸⁹; igual criterio maneja DE CUPIS, al referir que: “La indemnización o indemnidad impuesta por las normas referidas, corresponde a la amplia noción de resarcimiento, entendido como remedio subrogatorio, de carácter pecuniario, del interés lesionado”⁹⁰. En consecuencia, manejaremos estos tres términos como conceptos equivalentes. Eso sí, considerándolos en su sentido amplio, referido al resarcimiento integral, en cuyo contenido también se comprende al concepto ‘satisfacción’.

Nuestro Código Civil, si bien no con claridad, utiliza los términos reparación, indemnización y resarcimiento como sinónimos, aun cuando fundamentalmente utiliza los dos últimos. Así, en su artículo 1321°, cuando se refiere al resarcimiento por daños contractuales causados por dolo o culpa, utiliza en un inicio el término ‘indemnizacion’, como concepto resarcitorio integral, sin embargo, más adelante se refiere a ‘resarcimiento’ como referido a la reparación, en cuyo contenido comprende al daño emergente y al lucro cesante; en su artículo 1322°, relativo al daño moral, habla de indemnización en general; y en su artículo 1332° se refiere a ‘resarcimiento’ al hablar de la determinación equitativa del resarcimiento cuando no se puede determinar con exactitud su monto. En los demás casos, especialmente en los supuestos de responsabilidad extracontractual, se refiere a indemnización en sus artículos 1969°, 1982 y 1984° y a reparación en el 1970°, con lo cual pareciera referirse a indemnización cuando se trata de daños dolosos o culposos y a reparación cuando se trata de supuestos de responsabilidad objetiva (causada por riesgo o peligro); sin embargo, en su artículo 1985°, referido al contenido del resarcimiento, habla de ‘*indemnización*’ como concepto general, en el que comprende al daño emergente, al lucro cesante, al daño a la persona y al daño moral. Consecuentemente, resulta evidente que nuestro código utiliza los términos reparación, resarcimiento e indemnización como equivalentes o sinónimos.

⁸⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. T. II. p. 115.

⁹⁰ DE CUPIS: “*El Daño. Teoría General de la responsabilidad Civil*”. Temis, Bogotá, 1996, p. 759.

En cuanto al término ***‘restitución’*** en la doctrina se sostiene que consiste en la reposición de la cosa al estado en que se encontraba antes del hecho dañoso; se dice que ello borra el daño, hace que éste desaparezca; que con ello se lograría el restablecimiento de la situación originaria. En general el concepto de restitución tiene un contenido amplio equivalente al de reparación in natura, en el que se comprende la restitución de la cosa sustraída ilícitamente; la restitución de la cosa destruida por otra de su mismo género; la eliminación de todo lo ilícitamente hecho; la pública retracción de parte del ofensor en caso de injuria o difamación; así como también la entrega o devolución de los frutos o rentas que el bien hubiese producido durante el tiempo que permaneció en poder del agente del delito.

Nuestro Código Civil en su artículo 1270°, hace referencia a la ***‘restitución’*** al hablar de pago indebido, considerándola como un concepto que adicionalmente a la indemnización integra la reparación. Obviamente, esto refleja cierta falta de coherencia sistemática en cuanto al manejo de los conceptos en cuestión (reparación, indemnización y resarcimiento), pero resulta congruente con el Código Penal, el que al referirse a la responsabilidad civil proveniente del delito, utiliza en forma específica el término ***‘reparación’*** como concepto genérico, y como parte integrante de ésta a la ***‘restitución’*** y a la ***‘indemnización’***, no haciendo referencia al resarcimiento.

El Nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 11°. 2, incluye a la ***‘restitución’*** como una de las pretensiones que comprende el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, además de la indemnizatoria y la anulatoria; con lo cual, al dictarse la sentencia condenatoria amparando la reparación civil también se dispondrá la nulidad de los actos de disposición que hubiese podido realizar el agente del delito sobre los bienes materia de la restitución.

En cuanto a la ***‘compensación’***, la doctrina hace referencia a este término al referirse a los daños extrapatrimoniales o morales, hablando de ***‘indemnización compensatoria’*** para el caso de la determinación del monto de estos daños⁹¹. Igualmente, en los llamados daños a la persona o daños biológicos también se habla de ***‘compensación del perjuicio’*** sufrido por la víctima, renunciando a los términos de reparación, resarcimiento o indemnización, por considerar que éstos se reservan para el

⁹¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. T. II. p. 115.

caso de los daños materiales o patrimoniales⁹². Sin embargo, con criterio totalmente distinto, PIZARRO sostiene: “... para la concepción solidarista del Derecho que pone énfasis en la necesidad de proteger a la víctima, tanto el daño material como el moral merecen *similar* consideración, en lo atinente a la reparación integral y en lo referido al sentido netamente resarcitorio que asume en un caso la **compensación** (resaltado nuestro) y en el otro la satisfacción”⁹³; con lo cual adjudica al término compensación un contenido material o patrimonial reservando para el daño moral el término de satisfacción. En este sentido la doctrina no proporciona elementos válidos o funcionales en cuanto a este aspecto, por lo que debemos atenernos a lo que nuestro derecho positivo disponga al respecto.

En nuestro ordenamiento jurídico el termino compensación no es usado como una categoría propia de la responsabilidad civil, por el contrario, se emplea como una de las formas de extinción de las obligaciones en general. Prohibiéndose sin embargo para determinados casos en que no resulta apropiado recurrir a este mecanismo extintivo de las obligaciones. Por la compensación, como su nombre lo indica, se compensan recíprocamente las prestaciones contenidas en dos obligaciones distintas, una a cargo del deudor y la otra a cargo del acreedor, pues ambos sujetos de la relación obligacional resultan ser simultánea y recíprocamente acreedor y deudor a la vez. En tal sentido, para el caso de los actos dañosos si el agente del daño, que resulta ser el deudor de la prestación resarcitoria, tuviera una acreencia a cargo del sujeto pasivo, que resulta ser el

⁹² ESPINOZA ESPINOZA, refiriéndose a los daños a la persona o biológicos, y comentando una sentencia que resuelve la acción resarcitoria por este tipo de daños refiere: “La comentada sentencia explica que estas disposiciones componen un sistema, en el cual el resarcimiento es:

- a) Estrictamente vinculado al daño específico.
- b) En perspectiva, completamente **compensatorio** de la específica ofensa que el evento biológico ha ocasionado a la persona.
- c) Normalmente por equivalente, consistente en una prestación patrimonial idónea, en el caso específico, a reintegrar (el valor no patrimonial lesionado) a través de un “PARADIGMA TELEOLÓGICO SUBROGANTE” análogo a aquél por el cual, en la obligación, la prestación debe ser susceptible de valoración económica aunque corresponda a un valor no patrimonial.
- d) Determinable equitativamente, mediante individualización, del “valor humano” perdido, hecho a través de la personalización, en el caso concreto, cuantitativa (con aumentos o disminuciones) o aun cualitativa (con elección tipológica diversa), de parámetros uniformes para la generalidad de personas físicas.
- e) Eventualmente específico, no excluyéndose que, donde ello sea posible y no excesivamente oneroso para el deudor, sea fijado en una forma perfectamente congenial al interés no patrimonial lesionado.
- f) Vinculado subjetivamente y en el **quantum**, a la medida de la participación individual en la etiología jurídica del daño”. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “**Sobre la necesidad de establecer Criterios Apropriados para cuantificar la Reparación del Daño Subjetivo**”. En: Revista Jurídica del Perú, No. 61, Abril 1992 - Diciembre 1994. Editora Normas Legales, S. A., Trujillo - Perú. 1994. p. 24.

⁹³ PIZARRO: **Ob. Cit.** p. 42.

acreedor de la prestación resarcitoria, ambas prestaciones pueden compensarse sin ningún problema.

En cuanto al término ‘*satisfacción*’, aun cuando no es usado habitualmente en la doctrina, en la legislación o la jurisprudencia, puede resultar útil para identificar a los conceptos resarcitorios que integran la reparación por daño moral, tal como lo expresa PIZARRO⁹⁴. Pues en línea de coherencia con los conceptos manejados en la reparación general de los daños, el resarcimiento por daño moral no configuraría propiamente una reparación, pero sí una satisfacción a favor de la víctima del daño por la ofensa sufrida en sus intereses o derechos no patrimoniales.

3.3.2. RESPECTO A LA FUNCIÓN PREVENTIVA

Resulta obvio que desde una perspectiva general la responsabilidad civil cumple una finalidad preventiva, pues, todo el ordenamiento jurídico al regular las conductas, busca prevenir acciones antisociales o disvaliosas (que ocasionan daños o afectan bienes o intereses jurídicos) promocionando directa o indirectamente las acciones valiosas o conforme al orden jurídico. En este sentido, puede sostenerse que el mensaje comunicativo emitido por la responsabilidad civil cumple la finalidad preventiva *general y específica*. Ya que en general, siempre estará presente la amenaza efectiva de la imposición de la obligación resarcitoria al agente de la conducta dañosa, la misma que priva a éste del beneficio obtenido o a obtenerse con dicha actividad, lo que podrá producir un efecto disuasorio en éste; asimismo en forma específica, el mensaje comunicativo anotado también puede influir en el ánimo del agente de tal suerte que lo inhibe de incurrir en la comisión de una nueva conducta dañosa. En este sentido no hay problema alguno para otorgar una función preventiva a la responsabilidad civil en los casos en que el agente hubiera podido evitar el daño, esto es en los casos de actuación negligente o dolosa, pues en los demás casos no estará bajo su competencia organizar las cosas de tal forma que los daños no se produzcan.

Sin embargo, como se ha indicado, esta función no es privativa de la responsabilidad civil sino de todo el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, no se está hablando de una función preventiva al estilo de la prevención penal, pues para que ello opere, en primer lugar se tiene que atribuir una función penal a la responsabilidad

⁹⁴ PIZARRO: *Ob. Cit.* p. 42. DE ANGEL (*Ob. Cit.* p. 61), también hace referencia a la función de ‘satisfacción’ para referirse al resarcimiento por daño moral.

civil, lo cual, como veremos más adelante, no se puede sostener; únicamente estamos indicando que al agente del daño no tiene carta abierta para causarlos, en virtud a que estará obligado a cargar con el peso del daño causado a la víctima una vez que se le atribuya responsabilidad civil. El propio ROXIN refiere que la sola reparación del daño no podría cumplir ningún efecto preventivo especial ni general⁹⁵; igualmente DE ANGEL con cita de Pantalaeón refiere: “... la función *normativa* de la responsabilidad extracontractual no es preventivo punitiva (...). Porque a) No se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño. b) Es transmisible *mortis causa* (...). c) Es asegurable. d) Incluso cuando se solicita en el proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte⁹⁶. e) No existe para ella un principio de retroactividad más favorable al responsable (...)”⁹⁷.

Claro que en los casos en que el agente del daño no logra ningún beneficio concreto con la causación del daño, el efecto preventivo de la responsabilidad sí podría apreciarse con claridad, toda vez que en estos casos la obligación resarcitoria configurará un peso económico a cargo del patrimonio del agente, al igual que la multa como sanción administrativa o como pena, en estos casos el mensaje comunicativo de la responsabilidad sí produciría el condicionamiento psicológico orientado a evitar los daños. Esto también operaría en los casos en que la obligación resarcitoria es considerablemente mayor que el beneficio obtenido; sin embargo en los casos de responsabilidad objetiva no cumpliría función alguna; ya que en éstos el factor psicológico no orienta la conducta del dañador.

De otro lado, la función preventiva específica que algunos autores como PIZARRO⁹⁸ atribuyen a la responsabilidad civil, referida a los deberes especiales impuestos a quienes están vinculados o realizan actividades especialmente riesgosas o peligrosas, no nos parece propiamente una función preventiva específica de la

⁹⁵ ROXIN, Claus: *Ob. Cit.* p. 138.

⁹⁶ En este caso en nuestra legislación procesal penal vigente es distinto, sin embargo, con el nuevo Código Procesal Penal, en líneas generales se establece el principio de rogación.

⁹⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Tratado de Derecho civil*. Civitas, Madrid, 1993, p. 60.

⁹⁸ PIZARRO: *Ob. Cit.* p. 341

responsabilidad, sino más bien el mandato normativo por el cual se determina el contenido intensificado del deber de cuidado de dichos agentes.

Asimismo, respecto a la supuesta función preventiva de la responsabilidad civil vinculada a la viabilización de las acciones *inhibitorias*, igualmente, no creemos que se trate propiamente de una función de la responsabilidad, sino más bien de la concreción de la función inhibitoria o autosatisfactiva de las medidas cautelares o urgentes. Esto es, la medida de urgencia no se basa en las funciones de la responsabilidad sino en la esencia de la medidas anotadas.

3.3.3. RESPECTO A LA FUNCIÓN SANCIONATORIA O PUNITIVA

1. Si por sanción entendemos el criterio general relativo a las reacciones del ordenamiento jurídico civil, como el dejar sin efecto un acto jurídico (rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad)⁹⁹, la prescripción extintiva contra el titular negligente de un derecho de crédito, o en general cualquier reacción frente a un hecho antijurídico, tal como hace referencia DE CUPIS¹⁰⁰, podemos convenir en que efectivamente la responsabilidad civil cumple una *función sancionatoria* contra el agente del daño, a quien coactivamente le impone la obligación resarcitoria.

2. Sin embargo, desde una perspectiva propia de la sanción vinculada a las normas jurídico-penales o finalidades propias del sistema penal, creemos que debe descartarse categóricamente el intento de atribuirle funciones punitivas a la responsabilidad civil, debiendo descartarse los llamados “*daños punitivos o penas civiles*”¹⁰¹ en nuestro sistema de reparación de los daños. Pues si se aprecia los

⁹⁹ A respecto ver DIEZ – PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Civitas, Madrid, 1996, p. 704. En el mismo sentido Carmen JEREZ DELGADO refiere: “...la doctrina ha atribuido a la revocatoria ordinaria paulatinamente otra función que podríamos llamar sancionadora del acto ilícito, que cobra sentido en aquellos supuestos en que el acto fraudulento se realizó con vistas a la lesión de un derecho de crédito posterior. En cuanto a los efectos de la acción revocatoria, la doctrina italiana señala que el acto se declara ineficaz frente al acreedor defraudado”. : *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p.56.

¹⁰⁰ DE CUPIS: *Ob. Cit.* p. 581. En igual sentido DIEZ – PICAZO: *Derecho de Daños*. Civitas, Madrid, 1999, p. 46; donde refiere: “... tampoco puede encontrarse en las normas que cumplen una función indemnizatoria la realización de la idea de sanción, salvo que por sanción se entienda, de forma muy genérica el anudar a un comportamiento determinadas consecuencias que puedan ser desfavorables para alguien. Las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado”.

fundamentos por los que los diversos autores le atribuyen esta función, se evidencia que se basan en aspectos propios del Derecho penal. Así, se indica que el fin de los *daños punitivos*¹⁰² es sancionar conductas especialmente graves y por tanto reprochables¹⁰³, regidas por dolo o por culpa inexcusable o grave¹⁰⁴ y cuando éstas atentan contra bienes o intereses trascendentes como la vida, la integridad física, el medio ambiente, la fabricación y comercialización de productos riesgosos o peligrosos, etc. De donde puede advertirse claramente, que con este criterio se pretende reemplazar, desde la perspectiva del Derecho civil (responsabilidad civil) a las reacciones o sanciones propias del Derecho penal orientado por criterios de política criminal (que a su vez se enmarcan dentro del contexto general de la política jurídica). Esta perspectiva unilateral deja de lado (o desconoce) que todos estos supuestos son especialmente graves, y por tanto no es suficiente para su prevención, una respuesta desde el Derecho privado, y por ello mismo (desde una perspectiva del control penal) se ha criminalizado cada una de estas conductas, por lo que constituyen ilícitos penales (delitos o faltas). Este criterio criminalizador se ha seguido unánimemente en todas las legislaciones, que en muchos casos se orientan por los criterios plasmados en convenios internacionales. Inclusive, ya en el propio seno de la doctrina civil o privatista se hacía notar esta situación y se sostenía que, particularmente en el caso de conductas dolosas (o supuestos de ganancias ilícitas a través de estas conductas) lo que se debiera hacer es ‘encarcelar a los autores y decomisar todas sus ganancias ilícitas’¹⁰⁵.

Consecuentemente, la pretendida ampliación injustificada del contenido y funciones de la responsabilidad civil hacia ámbitos propios del control penal, implica falsear las categorías jurídicas, restándoles claridad y capacidad de rendimiento

¹⁰¹ También se habla de ‘*multa civil*’, a la sanción impuesta por el tribunal al agente de este tipo de daños, como puede verse en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Igualmente de ‘*culpa lucrativa*’ en el derecho francés. TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA: *Ob. Cit.* pp. 566, 572 y 573

¹⁰² Aun cuando no es pertinente hablar propiamente de ‘*daños punitivos*’ pues de lo que se trata es de punir ciertos actos calificados con cierta gravedad y no el daño en sí mismo. TRIGO REPRESAS: *Ob. Cit.* p. 183. PIZARRO *Ob. Cit.* p. 374.

¹⁰³ TRIGO REPRESAS: *Ob. Cit.* p. 285.

¹⁰⁴ “Temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia son algunos de los calificativos que la jurisprudencia utiliza para justificar la sanción”. PIZARRO, *Ob. Cit.* p.379. Precisándose que no se concede el resarcimiento punitivo en casos de simple negligencia, tal como refiere CODERCH, Salvador: *Punitive damages*. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 4, Madrid, p. 145.

¹⁰⁵ PANTALEÓN, Fernando: “*Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*”. En: La responsabilidad en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. N° 4, Madrid, 2000, p. 169. En igual sentido se pronuncian TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA: *Ob. Cit.* p. 568.

práctico, toda vez que una responsabilidad así concebida no sería aplicada por los operadores jurídicos, quienes aplicando el ordenamiento jurídico en su conjunto, tienen que optar por la reacción del Derecho penal, por constituir ésta una reacción político criminal más idónea y eficiente. Ya que al haberse criminalizado las conductas en cuestión, implica que frente a éstas, las reacciones provenientes de las ramas distintas al control penal no son suficientes o han fracasado, y precisamente por ello, se ha recurrido a este último (cuya naturaleza es de carácter subsidiario y de *última ratio*). La preeminencia del control penal queda estipulado en las diversas legislaciones del mundo, tal como puede observarse en todos los Códigos Procesales Penales o procesales civiles, los que con ligeros matices, contienen una norma que manda suspender el proceso civil, cuando en el curso de este proceso aparezcan indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, debiendo ponerse los hechos en conocimiento del titular de la acción penal¹⁰⁶.

Lamentablemente, desde la perspectiva de la responsabilidad penal, también se incurre en estos unilateralismos, pretendiéndose resolver todos los problemas jurídicos con instrumentos propios del control o Derecho penal. Así, ciertos autores¹⁰⁷ consideran a la responsabilidad civil generada por el delito, como una consecuencia jurídico penal, dejando de lado su naturaleza eminentemente resarcitoria; lo que lógicamente ensombrece aún más el panorama y evidencia que cada uno de los especialistas desde la rama civil o penal, pretenden abordar toda la problemática social a partir de sus particulares puntos de vista, asumiendo una actitud totalizadora de su correspondiente especialidad. Con ello pasan por alto que lo que rige en la sociedad es el ordenamiento jurídico en su conjunto, con todas sus ramas y especialidades y no únicamente una particular disciplina jurídica. Por ello, cualquier conflicto social se resuelve aplicando todas las ramas del derecho que resulten pertinentes conforme a la naturaleza de los intereses o bienes jurídicos comprometidos. Así por ejemplo, ante un acto delictivo causante de daños civiles, se aplicarán las categorías de la responsabilidad penal así como de la responsabilidad civil y en su caso la responsabilidad

¹⁰⁶ En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 4° del Código de Procedimientos Penales y el correspondiente del Código Procesal Penal, establecen tal situación, a la vez que abundante jurisprudencia al respecto corrobora la aplicación de esta disposición. Ello también ocurre cuando se trata de responsabilidad administrativa, en cuyo caso también la preeminencia de la responsabilidad penal ha quedado normativamente estipulada en la Ley del procedimiento administrativo general.

¹⁰⁷ Este punto se desarrolla con amplitud al tratar la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito.

administrativa, sin necesidad de pretender atribuir a una sola de estas ramas las funciones de las restantes.

3. Otro de los fundamentos que se esgrime para sustentar los *daños punitivos*, es el referido a que muchos de los agentes dañosos conocen de antemano las consecuencias de sus acciones, esto es, conocen la entidad y magnitud de los daños que van a causar, y pese a ello, asumiendo una conducta calculadora desde un análisis costo – beneficio, continúan con sus actividades dañosas, al encontrar que reparar los posibles daños que se pudieran producir, resulta más barato que suspender o evitar las actividades riesgosas que realizan. Frente a estas conductas, algunos autores consideran que no es suficiente la función reparatoria de la responsabilidad civil, sino que se hace necesaria la función *punitiva* de ésta (*daños punitivos*), con la que más allá de la obligación reparatoria, se puede sancionar ejemplarmente a los agentes de estas conductas especialmente reprochables, privándolos de las ganancias o utilidades que hubieran podido obtener a través de estas acciones dolosas¹⁰⁸. A la vez que asumen que esta función *punitiva* sería la única forma de prevenir este tipo de conductas.

Al respecto, tal como ya lo indicara PANTALEÓN, en estos casos, es mejor aplicar una consecuencia propia del Derecho penal, esto es, la pena privativa de libertad (cárcel) y el *decomiso*¹⁰⁹. Y no puede ser de otro modo, puesto que nos encontramos ante una conducta que configura un ilícito penal, y por tanto la resolución del conflicto generado por ésta, queda a cargo del Derecho penal, al margen de la responsabilidad civil; pues, con los llamados *daños punitivos* no se pretende reparar o indemnizar por daños ocasionados, sino por el contrario, sancionar al agente por su conducta reprochable; y obviamente, en el ordenamiento jurídico (por lo menos en el europeo continental y latinoamericano) ello queda a cargo del Derecho penal.

Asimismo, la privación de las ganancias ilícitas, no es un tema de la responsabilidad civil sino un mecanismo por el cual el propio Derecho se autoprotege

¹⁰⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde y GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo M.: *Indemnización punitiva*. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 191.

¹⁰⁹ PANTALEÓN, Fernando: *Ob. Cit.* p. 169. También BUSTAMANTE ALSINA refiere: “Las legislaciones de todos los países que tienen su origen en la tradición escrita del Derecho romano, a través del Derecho continental europeo, no toleran este tipo de sanciones en el Derecho privado y las reservan exclusivamente a los ilícitos penales que por su carácter público tienen un régimen particular de estrictas garantías en la administración de justicia”. En cita de PIZARRO: *Ob. Cit.* p. 394.

evitando el enriquecimiento ilícito de las personas, a través de la medida del *decomiso*, que es la institución jurídica vinculada a la comisión del delito y por la cual, a título de consecuencia accesorio del delito, se priva al agente de tal enriquecimiento¹¹⁰. Pero desde luego que estos bienes o derechos no pueden ir a poder o titularidad del agraviado (quien es indemnizado por el daño), sino que irá a la titularidad del Estado. Pues, resulta inconcebible (por lo menos en la órbita del derecho europeo continental y latinoamericano) la concesión de un '*plus indemnizatorio*' a favor del agraviado por daños que no ha sufrido, con el cual se estaría enriqueciendo indebidamente y se llegaría al contrasentido de que el propio ordenamiento jurídico prohíba por un lado tal enriquecimiento (del agente) pero por el otro no sólo lo permita, sino que lo impulse. Claro que se podría decir que, en estos casos se permite tal enriquecimiento porque el Derecho mira con buenos ojos a las víctimas; sin embargo, en estos supuestos queda claro que ya no se trataría propiamente de víctimas sino más bien de afortunados.

Con ello no queremos decir que no se deben reparar todos los daños causados, al contrario, debemos propender al resarcimiento integral de todo tipo de daños, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales; pero eso sí, debemos sincerar el discurso, pues, no podemos sostener la pertinencia de los *daños punitivos* (*plus* resarcitorio por daños no causados) por un lado y por otro reconocer que la responsabilidad civil ni siquiera es capaz de cumplir su finalidad básica de lograr la reparación integral de los daños efectivamente sufridos¹¹¹.

El enriquecimiento indebido de la 'víctima' es rechazado por la mayoría de autores que asumen los *daños punitivos*, aun cuando no lo hacen de modo convencido, puesto que por otro lado aceptan la presencia de éstos como una categoría supuestamente útil dentro del sistema de la responsabilidad civil. Estos autores reprochan con mayor énfasis el enriquecimiento que se produce a través de estos daños no sólo de la víctima sino de sus sucesores y abogados, como frecuentemente sucede¹¹².

¹¹⁰ Respecto a las consecuencias accesorias del delito y particularmente sobre el decomiso, ver ampliamente: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ, Susana Ivonne: *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Jurista Editores, Lima, 2008 (en prensa). Del mismo autor: *Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Idemsa, Lima, 2001. Y *Delito de Lavado de Activos*. Grijley, Lima, 2004.

¹¹¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ en: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. pp. 55 y 57; refiere que se concluyó en la reunión de marzo de 1994, en la Universidad de Tilburg-Holanda, que la reparación integral (*ful compensation*) está lejos de ser una realidad.

Ante este inconveniente, aceptan que en estos casos (*daños punitivos*), debería ser el Estado el titular de todo o parte de los bienes o derechos de los cuales se le priva al agente del daño¹¹³; o en todo caso, tal como lo establece el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, que sea el Tribunal el que le asigne el destino correspondiente¹¹⁴. Si ello fuese así, nos parece obvio que nos encontramos ante una pena de multa o en todo caso ante un decomiso y no ante un *daño punitivo*, como se sostiene erradamente.

4. También se cuestiona a los *daños punitivos* desde nuestro derecho escrito, por considerar que ellos resultan **inconstitucionales**, toda vez que no están normativamente establecidos¹¹⁵, por lo que no resultan amparables en nuestros ordenamientos, puesto que de hacerlo se infringiría el principio de legalidad, que constituye la garantía fundamental del sistema de sanciones y es de observancia obligatoria en toda respuesta penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)¹¹⁶. De otro lado, al sostenerse la cualidad punitiva de los daños, éstos constituirían verdaderas sanciones de tipo penal, y por tanto su aplicación dentro de un proceso civil resultaría inconstitucional por cuanto este proceso no está regido por principios fundamentales del debido proceso penal, esto es, el principio de no autoincriminación, el principio *in dubio pro reo*¹¹⁷, *non bis in idem* y presunción de inocencia¹¹⁸. Estos cuestionamientos

¹¹² TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA: *Ob. Cit.* p. 564. Sobre todo el interesante trabajo de GIOVAGNOLI, Fabio: “*I punitive damages nell’esperienza statunitense: l’applicazione estensiva dell’istituto alle ipotesi di breach of contracts e product’s liability*”. Publicado en internet: http://www.tidona.com/pubblicazioni/luglio02_2.htm.

¹¹³ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde y GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo M.: *Indemnización punitiva*. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 191 y 192.

¹¹⁴ *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p.444.

¹¹⁵ PIZARRO *Ob. Cit.* p.372. Aun cuando algunos autores consideran que sí existen casos normativamente establecidos que están emparentados con este tipo de daños; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA: *Ob. Cit.* p.571 y ss. Sin embargo evaluando los casos que propone este autor, creemos que no se trata propiamente de este tipo de daños.

¹¹⁶ DIEZ – PICAZO (*Ob. Cit.* pp. 45 y 46), citando a M. MARTÍN CASALS, refiere: “A la admisión de los daños punitivos se oponen razones de Derecho constitucional (porque la imposición de una pena debe darse sólo en un procedimiento en el que el inculcado goce de las garantías constitucionalmente previstas: *nullum crimen, nulla poena sine lege, non bis in idem*, presunción de inocencia)”. Similar criterio maneja DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Ob. Cit.* p. 63.

En el mismo sentido ALPA, refiere: “... el sistema de la responsabilidad penal es informado por el principio de la tipicidad del ilícito (artículo 25 segundo párrafo): *nullum crimen sine lege*; el sistema de la responsabilidad civil, contrariamente, es informado por el principio de la tipicidad del ilícito (art. 2043 del Código Civil italiano). *Ob. Cit.* p. 27.

¹¹⁷ PIZARRO: *Ob. Cit.* p. 388.

inclusive se levantan contra los daños punitivos en el sistema del *Common Law*¹¹⁹, en el cual tienen su ámbito natural.

5. Particular debate suscita los llamados *daños morales*; pues al tratarse de daños que inciden en aspectos subjetivos, ideales o ‘espirituales’ del sujeto¹²⁰, su magnitud resulta de difícil determinación y sobre todo no son apreciables material o económicamente; por ello, no existe un bien o ente capaz de reparar estos daños. Es por eso que se ha sostenido que este tipo de daños simplemente es irreparable, y que por tanto, no se podría hablar de un resarcimiento o reparación propiamente dicha. En estos casos se dice que la compensación que la víctima recibe por haber sido afectada, constituiría una verdadera sanción penal (*se trataría de daños punitivos*) por más que se la disfrace con fines resarcitorios¹²¹. Sin embargo, aun cuando siga el debate al respecto, podemos convenir que también este tipo de daños, o mejor dicho su resarcimiento, cumple una finalidad indemnizatoria, que si bien no repara propiamente el daño, el que por naturaleza es irreparable, busca la indemnidad de la víctima y produce una *satisfacción*¹²² a ésta, la misma que puede asimilarse como concepto resarcitorio dentro del contenido de la responsabilidad civil. Esto es, en caso de daños morales, no se trata de una reparación o resarcimiento sino de una ‘satisfacción’. Por tanto, también en este caso descartamos la existencia de *daños punitivos*.

6. En cuanto a los *daños punitivos* en el *Common Law*, aun cuando varios autores de la órbita del derecho escrito alaban su existencia y proponen su implementación normativa en nuestros sistemas jurídicos¹²³, es necesario precisar que

¹¹⁸ DIEZ – PICAZO : *Ob. Cit.* pp. 45 y 46. DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Ob. Cit.* p. 63

¹¹⁹ KENEFICK: *The constitutionality of punitive damages under the excessive fines clause of the Eight Amendment*”, Michigan Law Review, 1987, Jun., Vol., 85, N° 7.

¹²⁰ ZAVALA DE GONZALEZ: *Ob. Cit.* Hammurabi, Buenos Aires, 1999. p. 232. BUERES: *Ob. Cit.* p. 288.

¹²¹ Por todos TRIGO REPRESAS: *Ob. Cit.* p. 289. DIEZ – PICAZO: *Ob. Cit.* p. 46.

¹²² PIZARRO: *Ob. Cit.* p. 42. En el mismo sentido DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Tratado de responsabilidad civil.* p. 61, habla de *compensación*, para referirse a la indemnización por daños morales.

¹²³ En Argentina PIZARRO: *Ob. Cit.* pp. 398 y ss; ZAVALA DE GONZALEZ y GONZALEZ ZAVALA: *Ob. Cit.* p. 189. En España por todos, CODERCH: *Ob. Cit.* p. 150. REGLERO CAMPOS: *Tratado de la responsabilidad civil.* p. 62, aunque con ciertas condiciones. Sin embargo, el grueso de autores se han pronunciado en contra, tales con los casos en Argentina de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *“Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil.* La Ley, Buenos Aires, 1994 – D. p. 860 y ss; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA: *Ob. Cit.* p. 578; KEMELMAJER DE CARLUCCI, VÁSQUEZ FERREIRA, LAMBERT-FAIVRE, citados por Trigo Represas y López Mesa: *Ob. Cit.* p. 577; entre otros. En

dichos daños, al decir de DE ÁNGEL YÁGÜEZ, en Inglaterra prácticamente han quedado suprimidos¹²⁴ admitiéndolos sólo excepcionalmente. Asimismo, en algunos estados de Estados Unidos como Texas, Florida, Illinois, Kansas, etc., se ha limitado su monto; y en otros se los excluye con carácter general, admitiéndolos sólo cuando la ley los establezca expresamente, tales son los casos de Massachussets, Nebraska, New Hampshire, Washington, entre otros¹²⁵. Igualmente, “... la figura de estos ‘daños punitivos’, está siendo objeto de serias objeciones por juristas norteamericanos como consecuencia del exorbitante crecimiento de la cuantía de las indemnizaciones en aquel país, sobre todo en casos de ‘daños a la persona’, tanto físicos como morales”¹²⁶. Asimismo, también se critica a estos daños aduciendo que “... turban los antecedentes de la responsabilidad civil en los Estados Unidos”¹²⁷. Finalmente, en un reciente artículo Fabio GIOVAGNOLI, Señala la disfuncionalidad de estos daños en todo el sistema de responsabilidad Norteamericano¹²⁸.

Así pues, sólo se los admite de modo excepcional y sometiéndolos a límites de proporcionalidad y razonabilidad en su magnitud. Se admiten en los siguientes supuestos: a) cuando según el cálculo del autor del ilícito, el resarcimiento al perjudicado será inferior que la utilidad obtenida; b) cuando exista poco riesgo de que el agente del daño sea judicialmente sancionado, sea porque la antijuricidad de la conducta no es fácilmente reconocible o porque el autor ostenta una posición dominante y el proceso judicial no lo intimida; c) cuando independientemente de las consecuencias

España DIEZ – PICAZO: *Ob. Cit.* pp. 45 y 46; CASALS, Martín: *Ob. Cit.* p.1240 y ss, en cita de Trigo Represas y López Mesa; En Francia LE TOURNEAU y CADIET, citados por Trigo Represas y López Mesa; asimismo desde la perspectiva clásica se señala a los hermanos MAZEAUD categóricamente en contra y a SAVATIER a favor de los ‘daños punitivos’. TRIGO REPRESAS: *Daños punitivos*. Libro homenaje a Goldenberg, coordinado por Alterini y López Cabana.

¹²⁴ “En Inglaterra los ‘daños punitivos’ (o ‘ejemplares’) fueron suprimidos a partir del caso *Rookes v. Barnard*, excepto en la hipótesis de daños derivados de actos de los funcionarios que fuesen calificados de opresivos, arbitrarios e inconstitucionales y en la que el demandado pretendió obtener un provecho de su acción”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Ob. Cit.* p. 63. Aun cuando con las excepciones anotadas equiparan al sistema de Inglaterra al del Norteamericano. Sin embargo, puede apreciarse que para nuestro sistema, dichas excepciones, están referidas a casos de sanciones penales, por constituir las conductas dañosas, ilícitos penales.

¹²⁵ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA: *Ob. Cit.* p.559.

¹²⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Ob. Cit.* p. 63.

¹²⁷ LAMBERT – FAIVRE: *La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de indemnización*. Citado por Trigo Represas y López Mesa.

¹²⁸ GIOVAGNOLI, Favio: *I punitive damages nell’esperienza statunitense: l’applicazione estensiva dell’istituto alle ipotesi di breach of contracts e products liability*. http://www.tidona.com/pubblicazioni/luglio02_2.htm

el sujeto actúa con el fin específico de causar el daño¹²⁹; d) cuando se trata de un comportamiento opresivo, arbitrario o inconstitucional de los funcionarios; e) cuando están previstos expresamente en la ley (por ejemplo las disposiciones sobre el *copyright* -derechos de autor-)¹³⁰.

Este tipo de daños sin embargo, como se ha indicado, no es posible en nuestros sistemas jurídicos, apreciándose que, si bien no se deben permitir las conductas a las cuales se aplican los '*daños punitivos*', la respuesta deberá llegar del ámbito penal, mas no desde el ámbito de la responsabilidad civil. Pues todas estas conductas, en nuestros ordenamientos jurídicos configuran ilícitos penales (en muchos casos delitos graves susceptibles de la más grave reacción penal).

3.3.4. CONCLUSIONES

1. Coincidiendo con ZAVALA DE GONZALEZ, GONZALEZ ZAVALA y DE ÁNGEL YÁGÜEZ¹³¹, concluimos que en el derecho europeo continental y latinoamericano, no es posible sostener la existencia de los llamados *daños punitivos* en el marco de la responsabilidad civil.
2. Atribuir funciones punitivas a la responsabilidad civil y funciones resarcitorias a la responsabilidad penal, implica desnaturalizar las categorías jurídicas y obscurecerlas restándoles funcionalidad y rendimiento práctico.
3. Los supuestos en los que en el Derecho europeo continental y latinoamericano se asumen los '*daños punitivos*' con la finalidad de prevenir las conductas dolosas y graves negligencias de los agentes de los daños, son supuestos fácticos penalmente típicos, por lo que la reacción jurídica queda a cargo del control penal mas no de la responsabilidad civil.
4. Las llamada '*multas civiles*' son casos de verdaderas multas jurídico - penales que cumplen funciones preventivas, como todo tipo de penas, y nada tienen que ver con la responsabilidad civil

¹²⁹ DIEZ-PICAZO: *Ob. Cit.* p. 44.

¹³⁰ DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Ob. Cit.* p. 62.

¹³¹ ZAVALA DE GONZALEZ y GONZALEZ ZAVALA (*Ob. Cit.* p.193) entre otros, niegan la existencia de daños punitivos en el sistema jurídico argentino. Asimismo, DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Ob.cit.* p. 60 y ss. Niega la posibilidad de estos daños para el derecho español.

5. La privación a los agentes de los beneficios ilícitos obtenidos a través de hechos dañosos graves (dolosos o negligentes -graves-) no configura una compensación por ‘*daño punitivo*’ o ‘*multa civil*’, sino que configura la consecuencia accesoria del delito llamada ***decomiso***.
6. Los llamados ‘*daños punitivos*’ en nuestro sistema jurídico serían inconstitucionales, toda vez que no están normativamente establecidos; ampararlos infringiría el principio de legalidad.
7. Los llamados ‘daños morales’, no constituyen ‘*daños punitivos*’. Constituyen una especie de ‘satisfacción’ a favor de la víctima, la misma que forma parte del resarcimiento o indemnización como criterio general.
8. Los ‘*daños punitivos*’ de la órbita del *Common Law*, no tienen cabida en nuestro sistema jurídico. Tanto más, si éstos están siendo cuestionados en su propio ámbito natural.

3.4. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA-CONTRACTUAL

Como se ha indicado, la responsabilidad civil implica la atribución de la obligación de responder por un daño producido, lo que se concreta a través de la consecuente compensación al agraviado. Históricamente la legislación, la doctrina y la jurisprudencia han diferenciado dos tipos de responsabilidad civil, dependiendo de la fuente en la que tenía su origen la obligación resarcitoria, considerándose por un lado la que tenía como fuente un vínculo obligacional preexistente entre el agente del daño y el agraviado, por la cual se establecía una relación deudor – acreedor. Ordinariamente esta fuente de la obligación es el contrato (sin que se agote en éste, ya que puede tratarse de otro tipo de acto que vincule al deudor y acreedor), en estos casos se habla de responsabilidad contractual, y el daño resulta precisamente del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación específica asumida en el contrato, o alguna otra prestación especialmente vinculada a la asumida en la relación contractual. De otro lado, cuando la fuente de la obligación consiste en la infracción del deber general de no dañar a nadie, se habla de la llamada responsabilidad extracontractual; en este caso el contenido de la obligación está determinado por la entidad y magnitud del daño que de cualquier modo se hubiese causado a la víctima. En suma, se dice que la

responsabilidad contractual tiene su origen en la voluntad de las partes del contrato y la extracontractual en la ley; asimismo, que la responsabilidad contractual resulta del vínculo exclusivo establecido únicamente entre las partes contratantes, mientras que la extracontractual resulta del deber general *erga omnes* que vincula a todos los integrantes del grupo social¹³². En el primer caso se trata del incumplimiento de una obligación singularizada e instituida previamente entre los interesados o por alguien que asume unilateralmente la deuda¹³³; mientras que en el segundo se trata de una obligación general estatuida por el ordenamiento jurídico o por la propia convivencia social¹³⁴.

El fundamento de esta clasificación parecería elemental y sencillo, sin embargo, se presentan casos en que ambos tipos de responsabilidad se superponen haciendo que la determinación del tipo de responsabilidad y sus respectivas consecuencias ya no resulte tan obvia, puesto que las fronteras entre ambas se tornan difusas; esto sucede por ejemplo en los casos en que durante el cumplimiento de un contrato o por incumplimiento de éste, se producen lesiones o incluso la muerte de una persona. Aquí no se puede sostener que la protección de la integridad física o mental así como la vida, formaban parte del contenido del contrato, y por ello, ante el incumplimiento de dicha protección, se debe recurrir a la responsabilidad contractual; en estos casos, a pesar de que por el contrato surgen deberes de información y de protección¹³⁵, parece más adecuado recurrir a las reglas de la responsabilidad extracontractual, tal como se

¹³² ESTEVIL: *Ob. Cit.* p. 108.

¹³³ Por todos, ZAVALA DE GNAZALEZ: *Ob. Cit.* p. 91.

¹³⁴ Por nuestra parte ya en anterior oportunidad nos hemos pronunciado sobre este punto. Al respecto hemos expresado: “Esta división ha generado múltiples complicaciones respecto a la responsabilidad civil, ya que según se trate de daños en una u otra esfera de estas responsabilidades, tendrán diferente tratamiento, tanto respecto a la apreciación de la relación de causalidad, de los factores de atribución, así como a la propia determinación del *quantum* del resarcimiento; a la vez que en cuanto a la forma de ejercitar la acción resarcitoria también cada una tendrá su propia formalidad, y sobre todo los plazos de prescripción de la acción resarcitoria son totalmente distintos; habiéndose privilegiado en este extremo a la responsabilidad contractual, a la que se ha concedido plazos amplios, y a la responsabilidad extracontractual se le ha concedido plazos extremadamente cortos -dos años conforme a nuestro ordenamiento Civil-. Además de que existen múltiples casos en que ambas responsabilidades pueden concurrir en un mismo supuesto, generándose con ello un problema para establecer qué categorías aplicar a la resolución del caso, si las de la responsabilidad extracontractual o las de la contractual. Sin embargo, a la fecha, la tendencia general es a la unificación de estas dos esferas de responsabilidad a fin de aplicarles a ambas los mismos criterios, tanto respecto a la determinación y apreciación de los elementos constitutivos de la responsabilidad, así como la apreciación y evaluación de los daños y su reparación, al igual que los plazos prescriptivos”. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación en el proceso penal*. Segunda edición, Idemsa, Lima, 2005, p. 123.

¹³⁵ DIEZ – PICAZO: *Ob. Cit.* p. 265.

sostiene en la doctrina y en la jurisprudencia¹³⁶. ALPA, respecto a esta barrera confusa hace referencia a otros casos, e indica, “... a menudo, es difícil clasificar una figura como contractual o extracontractual: los ejemplos en la actualidad, son numerosos y aluden a los errores del médico, los daños provocados por productos defectuosos, el daño causado a los parientes por el fallecimiento del alimentante (...), en fin la lista puede continuar”¹³⁷.

Se señalan como razones para la diferenciar ambos tipos de responsabilidad, además de su distinto origen:

a) La responsabilidad contractual se imputa sólo a título de factores subjetivos (dolo, culpa inexcusable o culpa leve), salvo casos excepcionales expresamente determinados por ley o por el título de la obligación¹³⁸, en cambio, en la extracontractual, además de los factores de atribución subjetivos, operan los factores de atribución objetivos, como se verá más adelante.

b) La capacidad negocial de los obligados¹³⁹, pues mientras que en la contractual el obligado tiene que ser necesariamente una persona con plena capacidad de ejercicio, precisamente porque la capacidad es necesaria para vincularse contractualmente; en la extracontractual no es necesaria dicha capacidad, puesto que pueden resultar responsables personas incapaces que hubieran causado el daño, exigiéndose únicamente que hubiesen actuado con cierta capacidad de discernimiento, inclusive, por razones de equidad se puede hacer responsables extracontractualmente a personas incapaces sin ningún discernimiento, tal es el caso del artículo 1977º de nuestro Código Civil, por ejemplo.

c) El grado de calificación de la culpa¹⁴⁰ ya que para la atribución de responsabilidad contractual se requiere de culpa grave (inexcusable) y leve, resultando difícil la atribución en casos de culpa levísima, en cambio para la extracontractual no

¹³⁶ En la jurisprudencia española así como en la francesa, estos casos se resuelven recurriendo a la responsabilidad extracontractual. DIEZ – PICAZO: *Ob. Cit.* p. 251

¹³⁷ ALPA: *Ob. Cit.* p. 29.

¹³⁸ En la doctrina y legislación comparada ha existido siempre la tendencia a establecer límites al principio de atribución subjetiva de la responsabilidad contractual, tal como hace referencia DIEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 580. Este criterio también aparece en el artículo 1317º de nuestro Código Civil.

¹³⁹ DE ÁNGEL Y ÁGÜEZ: *Ob. Cit.* p.15.

¹⁴⁰ DE ÁNGEL Y ÁGÜEZ: *Ob. Cit.* p.16.

hay problema alguno para atribuir responsabilidad por esta última. Asimismo, en la contractual no responderá el agente en casos de culpa leve por los daños que no pudo prever, lo cual no constituye problema alguno para la responsabilidad extracontractual en la que la reparación del daño será de modo integral, ya que en ésta no se admiten grados de culpa¹⁴¹

d) Los plazos de prescripción también son diferentes, en caso de la contractual (en nuestro ordenamiento jurídico) es de 10 años mientras que para la extracontractual es de dos años.

e) Para que surja la responsabilidad contractual es necesaria la mora de parte del obligado, la extracontractual se constituye por el hecho mismo del daño y nace en el instante en que éste se ha causado¹⁴².

f) En cuanto al monto o magnitud del daño, en los casos de contratos cuyo objeto es una obligación sujeta a cláusula penal, el demandante no está obligado a probar la entidad y magnitud del daño, siendo suficiente invocar la cláusula penal a través de la cual se ha determinado con antelación la calidad y monto de éstas; ello no es posible en la responsabilidad extracontractual en que se tiene que probar todos y cada uno de los daños si se aspira a una reparación integral.

g) Se considera válido el pacto de limitación y exclusión de la responsabilidad contractual y nulo, en cambio, el pacto relativo a la responsabilidad extracontractual¹⁴³. Sobre todo, cuando se trata de actos dolosos.

Asimismo, también se esgrimen como argumentos de diferenciación cuestiones de competencia (donde ésta esté diferenciada) así como aspectos relativos al *onus probandi*¹⁴⁴, esto último especialmente cuando se trata de obligaciones de resultado en la responsabilidad contractual, en las que la prueba de la culpa corre a cargo del obligado y no de quien la invoca, resultando suficiente para este último con probar el incumplimiento. Estas diferencias, están establecidas en las diversas legislaciones y la jurisprudencia las asume sin problema alguno, por lo que desde este punto de vista se

¹⁴¹ DE TRAZEGNIES GRANDA: *Ob. Cit.* p.418.

¹⁴² *Ibidem.*

¹⁴³ ALPA: *Ob. Cit.* p. 28.

¹⁴⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Ob. Cit.* pp. 15 y 17.

puede atribuir cierta utilidad a la diferenciación de estos tipos de responsabilidad como categorías distintas.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria no admite tal diferenciación, pronunciándose en el sentido de que la responsabilidad es unitaria y que carece de todo fundamento la pretensión diferenciadora¹⁴⁵. Asimismo, se sostiene que si bien la fuente de la responsabilidad puede ser distinta (en un caso la obligación previamente pactada y en otro el deber general de no causar daño a nadie), dicha fuente no determina el contenido y naturaleza de la responsabilidad, la misma que en todos los casos está referida y tiene como finalidad el resarcimiento o la indemnización del daño causado¹⁴⁶ con independencia de las circunstancias que a ese daño rodearon (lo que le da unidad), por lo que las diferencias anotadas constituirían cuestiones accesorias vinculadas únicamente al ejercicio de la acción resarcitoria y sustentadas en condicionantes puramente históricos¹⁴⁷.

A pesar de los criterios de la doctrina mayoritaria, que niegan la existencia de estos tipos de responsabilidad, desde nuestro punto de vista y sin pretender zanjar la problemática ni mucho menos, podemos asumir que, si bien las diferencias no serían suficientes para fundamentar la naturaleza distinta de ambos tipos de responsabilidad, desde una perspectiva funcional y tradicional, resulta de utilidad la diferenciación para resolver los diversos casos que en la práctica se presentan; tanto más si en las legislaciones y en la jurisprudencia está plasmada dicha diferenciación. Pues, a través del contrato se puede regular o condicionar la conducta del obligado, de tal suerte que puede significar una atribución o distribución de riesgos con directa incidencia en la responsabilidad en caso de incumplimiento, lo que obviamente no puede ocurrir en los daños ocasionados sin mediar una relación contractual u obligacional. En tal sentido

¹⁴⁵ PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*. Temis, Bogotá, 1981, p. 60. Asimismo, ALPA (*Ob. Cit.* p. 29), asumiendo la propuesta de TUNC, sostiene que se puede asimilar la tesis de la unificación de los dos regímenes aunque con ciertas reservas.

¹⁴⁶ Al respecto ver interesantes reflexiones esbozadas en el reciente trabajo de GALDÓS GAMERO, Benjamín: En: *Cuadernos jurisprudenciales*. Revista Diálogo con la Jurisprudencia. N° 68. Año 6. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 3 a 13. Aun cuando este autor entre sus citas bibliográficas consigna bibliografía relativamente antigua, lo que lleva al riesgo de que las posiciones de los autores citados pudiesen haber cambiado en el curso de sus investigaciones posteriores, tal podría ser el caso de DIEZ – PICASO, quien en una de sus producciones más recientes afirma: “A nuestro juicio, el llamado principio de la unidad de la culpa civil es una falacia”. *Ob. Cit.* p. 264. Con lo que aparentemente variaría el criterio de este autor consignado por GALDÓS GAMERO como sustento de la posición unitaria de la responsabilidad.

¹⁴⁷ DE ÁNGEL YÄGÜEZ: *Ob. Cit.* p. 23.

DIEZ – PICAZO refiere: “El contrato, además de ser una reglamentación de intereses que las partes efectúan, puede contener no sólo reglas sobre la diligencia a prestar (...), sino lo que es más importante, especial distribución de los riesgos y especial distribución de la responsabilidad”¹⁴⁸. Si este criterio es aplicado a la responsabilidad contractual mas no a la extracontractual, resulta evidente que la diferenciación tiene algún sentido. Tanto más si, hay también importantes autores que se pronuncian por la diferenciación, tales son los casos de DE ÁNGEL YÁGÜEZ¹⁴⁹, DIEZ – PICAZO¹⁵⁰, ESTEVIL¹⁵¹, igualmente DE LOS MOZOS¹⁵², España; en Italia también un importante sector de la doctrina más autorizada, se pronuncia a favor de la diferenciación de ambos tipos de responsabilidad, tal es el caso de Giovanna VISINTINI, quien lo hace de modo categórico¹⁵³. En la doctrina argentina, la tendencia mayoritaria es a la unificación¹⁵⁴. En nuestro país DE TRAZEGNIES luego de esbozar las razones para la unidad de la responsabilidad se pronuncia porque no hay forma de prescindir de la diferenciación¹⁵⁵.

Claro que todo ello no obsta para pensar en un acercamiento de ambos tipos de responsabilidad, tal como refiere IZQUIERDO TOLSADA esgrimiendo argumentos de orden práctico, de orden sistemático y de justicia material¹⁵⁶. O en todo caso asumir un criterio sosteniendo la unidad de la responsabilidad civil con dos sub tipos al interior de la misma, los cuales presentan ciertas particularidades más de orden práctico y

¹⁴⁸ DIEZ – PICAZO: *Ob. Cit.* p. 264.

¹⁴⁹ “Las coincidencias y notas comunes citadas no han de ser óbice para que mantengamos la hegemonía de los elementos diferenciales de la responsabilidad obligacional frente a la que se contrae sin previo contacto social (...). Las formalidades que distinguen los regímenes que las gobiernan inciden en el fondo de los institutos y, aun cuando respondan a una misma finalidad reparatoria de los perjuicios causados, los mecanismos jurídicos que actúan la acción resarcitoria parten de presupuestos heterogéneos ...” DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *Ob. Cit.* pp. 14 y 15.

¹⁵⁰ “A nuestro juicio, el llamado principio de la unidad de la culpa civil es una falacia”. DIEZ – PICAZO: *Ob. Cit.* p. 264.

¹⁵¹ ESTEVIL: *Ob. Cit.* p. 114.

¹⁵² Este autor incluso expresa su perplejidad ante el intento de unificación, ante la cual muestra su categórico rechazo. DE LOS MOZOS, José Luis: *Responsabilidad contractual*. En: Responsabilidad civil. Derecho de daños. Coordinado por De los Mozos y Soto Coaguila. Grijley, Lima, 2006. p. 47 y ss.

¹⁵³ “En oposición a cuanto sostienen autores que instan a superar la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, yo pienso que ésta debe ser mantenida. Es claro que son dos fenómenos diferentes”. VISINTINI, Giovanna: *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Traducción y notas de Leysser León. ARA editores, Lima, 2002. p. 24 y 25.

¹⁵⁴ Por todos, LOPEZ CABANA, Roberto M.: *Unidad de regímenes resarcitorios*. En: Responsabilidad Civil. Derecho de Daños. Coordinado por De los Mozos y Soto Coaguila, Grijley, Lima, 2006. p.163 y ss.

¹⁵⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA: *Ob. Cit.* p. 417 y ss.

¹⁵⁶ IZQUIERDO TOLSADA, en cita de De Ángel Yágüez: *Ob. Cit.* p. 21.

legislativo que doctrinario, tal como aparentemente pareciera sugerir GALDÓS GAMERO¹⁵⁷. Con un criterio como este último se superaría la discusión, aún existente, respecto a si las normas generales de las obligaciones resultan aplicables a ambos tipos de responsabilidad o se circunscriben a la responsabilidad contractual¹⁵⁸. Esto en nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil), puede quedar más claro en la medida en que la mayoría de las reglas relativas a la responsabilidad obligacional están desarrolladas como parte general respecto a las fuentes de las obligaciones entre las cuales se desarrollan los contratos, la responsabilidad extracontractual y otras fuentes como gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y la promesa unilateral; de donde se evidencia que las normas de las obligaciones resultan aplicables a ambos tipos o subtipos de responsabilidad (contractual y extracontractual). De este modo coincidimos con las conclusiones a las que arriba GALDÓS GAMERO en el sentido de que “... las normas contenidas en el libro de obligaciones son aplicables tanto para el incumplimiento de obligaciones contractuales como para aquellas nacidas extracontractualmente, siempre que tanto unas como otras no sean cumplidas voluntariamente”¹⁵⁹.

Respecto a la unidad de la responsabilidad civil o a la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual, sin embargo, creemos que el debate seguirá todavía por largo tiempo. De momento, llevados por criterios prácticos, como ya se ha anotado, consideramos pertinente mantener tal diferenciación para efectos del presente trabajo. Seguidamente vamos a desarrollar la responsabilidad civil extracontractual. En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, que es la que nos interesa, obviamente lo ubicamos dentro de la responsabilidad extracontractual. Sin que nada impida, que en la medida que sea pertinente, podamos aplicar a la misma, las reglas de la responsabilidad obligacional en general, eso sí, de manera subsidiaria de las normas relativas a la reparación civil contenidas en el Código Penal y las correspondientes a la responsabilidad extracontractual previstas en la Sección Sexta del Libro VII de nuestro Código Civil.

¹⁵⁷ GALDÓS GAMERO: *Ob. Cit.* pp. 3 y ss.

¹⁵⁸ Problema que DIEZ – PICAZO pone de relieve, manifestándose en contra al referir: “Sin llegar a la refundición estricta, hay sentencias y autores, que trasvasan libremente, in prejuicios metodológicos preceptos de un bloque al otro, sin preocuparse por averiguar si con ello alteran su sentido más profundo”. *Ob. Cit.* p. 263.

¹⁵⁹ GALDÓS GAMERO: *Ob. Cit.* p. 13.

3.5. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Como ya se ha indicado, cuando la causación de los daños tenga su fundamentación en la infracción del genérico deber, *erga omnes*, de no causar daño a nadie e infringiendo este deber se haya invadido la esfera del interés ajeno, protegido por el Derecho, estamos ante la llamada responsabilidad extracontractual, o también como algunos denominan *perjuicio extracontractual o aquiliano*¹⁶⁰. Lo cual debe quedar debidamente diferenciado de la atribución de responsabilidad contractual en que lo se trata es de averiguar en qué casos y bajo qué supuestos la falta de actuación de un programa de prestación o la ejecución de una prestación defectuosa le son imputables al deudor¹⁶¹; o como refiere DE LOS MOZOS: “... el concepto original de la *responsabilidad contractual* tiene como pura función la ejecución forzosa del contrato¹⁶². En este sentido, en el presente acápite solo trataremos de la responsabilidad civil cuya fuente es el acto ilícito, el mismo que en muchos casos también resulta configurativo de delito, y por tanto sujeto a responsabilidad penal.

3.5.1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

El contenido de este tipo de responsabilidad está determinado por los elementos que la componen, esto es, del daño, la acción o hecho dañoso y su autor, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, los factores de atribución de responsabilidad y obviamente de la reparación o resarcimiento del daño causado (que es el fundamento, finalidad y función de la responsabilidad civil).

Pues, aun cuando conforme a la moderna teoría de la responsabilidad, lo principal resulta ser la el daño y su reparación dejando en un segundo plano al autor o agente responsable, para el análisis de la responsabilidad no podemos obviar ninguno de los elementos de ésta. En este sentido, no podemos olvidar que cronológicamente y desde una perspectiva material, lo primero que ocurre es el *acto dañoso*, constituido por la acción u omisión humana que al producir un cambio disvalioso (negativo) o no evitar dicho cambio, produce una lesión en los bienes o intereses jurídicos de terceros (el

¹⁶⁰ ESTEVILL, Luis Pascual: *Ob. Cit.* p. 108.

¹⁶¹ ROCA, Encarna: *Derecho de Daños*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 32.

¹⁶² DE LOS MOZOS, José Luis: *Ob. Cit.* p. 51.

término jurídico hace referencia a la protección por parte del Derecho de estos intereses), lo que obliga a la reacción de su titular a través de las consecuentes acciones resarcitorias, sean éstas extrajudiciales o judiciales.

Este acto o hecho (dañoso) causa el *daño*, constituido propiamente por la lesión o menoscabo el interés o bien jurídico. Entre este daño y el hecho tiene que existir una relación de causalidad a través de la cual se acredita que el daño es consecuencia o efecto del hecho, o si se quiere que el hecho es causa del daño. Con ello ya se tiene determinado el daño y su causante, pero aún no se ha determinado al responsable, para que ello suceda tiene que existir una buena razón o fundamento a través de la cual, el peso del daño, que inicialmente la soporta la víctima, se traslade al causante; esta razón es el *factor de atribución o de imputación*, con lo cual ya se tiene un responsable u obligado jurídicamente a reparar el daño. El último elemento de la responsabilidad, es precisamente el objetivo o fin de ésta, es decir el *resarcimiento o reparación*.

En el presente trabajo, vamos a desarrollar con cierto detenimiento los principales elementos, respecto a los cuales existen algunas discrepancias o falta de uniformidad en el trato tanto en la doctrina así como en la jurisprudencia. Sobre todo trataremos los daños ocasionados a través de la comisión de un delito, respecto de los cuales existe ciertas reticencias. Nos referimos al daño, la relación de causalidad, los factores de imputación y la reparación.

3.5.2. EL DAÑO O LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO

“El daño en general es todo detrimento o menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹⁶³. “El daño es la aminoración o alteración de una situación favorable”¹⁶⁴.

Estos conceptos tradicionales de los autores, aun cuando nos proporcionan los elementos esenciales del daño, actualmente ha sido superados, al haber evolucionado la percepción del mismo. Ya no se pone el acento directamente en el objeto de protección

¹⁶³ LARENZ, Karl: *“Derecho Civil. Obligaciones”*. T.I., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, p. 193.

¹⁶⁴ CUPIS, Adriano de: *“El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”*. Bosch, Barcelona, 1975, p. 83.

(bienes o derechos que pueden ser afectados por el hecho dañoso), sino en las necesidades humanas o intereses que vienen a ser satisfechas por los bienes o el ejercicio de los derechos. En este sentido, se conceptúa al daño como *la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial de las personas respecto de determinados bienes, derechos o expectativas*¹⁶⁵. Pero no se trata de cualquier interés, sino de un interés jurídicamente protegido, que por tal condición adquieren la calidad de *“bien jurídico”*. En otras palabras, el daño constituye la afectación o lesión a intereses configurativos de bienes jurídicos; de esta lesión pueden derivar consecuencias de carácter patrimonial o extrapatrimonial (económico o extraeconómico)¹⁶⁶.

Con lo expuesto, aún no se ha delimitado debidamente el concepto de daño que aquí nos interesa, el mismo que debe permitir explotar su rendimiento como institución jurídica. Pues, como ya lo hemos expresado, en el campo del Derecho, de nada sirve elaborar o explicar abstracciones teóricas, si es que éstas no resultan útiles para resolver los conflictos sociales que se presentan en las relaciones intersubjetivas de los sujetos. Es por ello que debemos manejar criterios más específicos que resulten oportunos y eficaces para lograr los fines de la responsabilidad civil o Derecho de daños. En este sentido nos parece precisa la acotación de Cesari SALVI, cuando afirma que podemos considera como ‘daño propiamente dicho’ a “aquel tipo de perjuicio que el ordenamiento reconoce como susceptible de reparación”¹⁶⁷, criterio que es ratificado por BUERES cuando afirma: “La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado”¹⁶⁸; pues, como se sabe, el Derecho no otorga

¹⁶⁵ En este mismo sentido, BUERES, Alberto J.: *Derecho de Daños*. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 289. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *“Resarcimiento del Daño”*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 115. ALPA, Guido: *“Responsabilidad Civil y Daño”*. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 517. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *“Responsabilidad Civil Extracontractual”*. Décima edición, Temis, Bogotá, 1998, p. 160.

¹⁶⁶ ALPA, Guido: *Ob. Cit.* p. 517.

¹⁶⁷ SALVI, Cesare: *“El Daño”*. En: Estudios Sobre la Responsabilidad Civil. Traducido por Leysser León, Ara Editores, Lima, 2001, p. 286. Sin embargo, en estos ya no se debe considerar únicamente los daños antijurídicos como tradicionalmente se ha sostenido, puesto que la tendencia actual de la doctrina y la legislación es a lograr el resarcimiento de todo daño injusto, aún cuando su ilicitud no esté debidamente establecida. Esto sobre todo es notorio en los casos de indemnización por daños cuyo factor de atribución es la equidad o aquellos daños que proceden de conductas riesgosas autorizadas. Al respecto son ilustrativas las tesis de CASIELLO, Juan José: *Atipicidad del Ilícito Civil*. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro Homenaje a Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 158 y ss. Igualmente, ZANONI, Eduardo A.: *Derecho subjetivo e interés simple*. En: La Responsabilidad. Libro Homenaje a Isidoro H. Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 108.

¹⁶⁸ BUERES: *Ob. Cit.* p. 294.

protección a través de la responsabilidad civil, en todos los casos de afectaciones a intereses de las personas sino únicamente en casos concretos.

En este orden de ideas, sostenemos que, el daño es la afectación o lesión a un interés o bien jurídico, la misma que significa un menoscabo al valor de uso o valor de cambio del bien, si se trata de un bien jurídico de naturaleza patrimonial, o a su naturaleza intrínseca si se trata de un bien jurídico extrapatrimonial, afectación que debe provenir de una acción u omisión del causante, al que se le imputa su producción y resultado, a través del correspondiente factor de atribución de responsabilidad, y susceptible de reparación conforme al Derecho. Aun cuando en contraposición a esta postura existen autores como ZAVALA DE GONZÁLEZ¹⁶⁹, en la doctrina extranjera, y entre nosotros, ESPINOZA ESPINOZA, quien citando al autor italiano G. B. Ferri sostiene que “el término **daño** no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, en cuanto al contenido y a la naturaleza. Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de **un daño-evento** (lesión del interés tutelado) y de un **daño resarcible** (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Estas dos acepciones de daño pueden, como no coincidir”¹⁷⁰.

Esta última parte, en que se diferencia entre daño evento y daño resarcible, aparentemente coincide con el criterio que estamos manejando, por el que se considera al hecho dañoso distinto del daño propiamente dicho (resultado del hecho dañoso). Pues, en una determinación analítica de la estructura de la responsabilidad civil, se separa al todo en sus partes o elementos para conocerlas debidamente. Pero no por ello podemos asumir que para la definición del daño tenemos que separar un concepto de daño evento y otro de daño resarcible, pues como lo expresa claramente el propio

¹⁶⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ: “*Resarcimiento del Daño*”. Hammurabi, Buenos Aires, 1999. p. 225 y 231.

¹⁷⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “*Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la Reparación del Daño Subjetivo*” En Revista Jurídica del Perú No. 61, Abril 1992 - Diciembre 1994, Editorial Normas Legales, 1994, p. 21. El mismo criterio lo ratifica en: “*Derecho de la Responsabilidad Civil*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 157.

ALPA: “El daño comprende el evento lesivo y sus consecuencias: desde el punto de vista civilista no es necesario distinguir el evento de las consecuencias; de por sí el evento podrá parecer no relevante, pero las consecuencias patrimoniales graves; o bien, el evento podría parecer relevante pero no tener consecuencias”¹⁷¹.

Ahora bien, en forma específica, y para referirnos a los daños provenientes de una acción delictiva, diremos que se trata de la afectación de un bien jurídico (u objeto de protección) tutelado además por una norma penal, en cuanto éste trasciende la esfera personal del titular específico del bien. En este sentido, lo que interesa del daño, es el daño en cuanto genera la obligación de reparar. Consecuentemente, el concepto de daño dejará de lado el detrimento o perjuicio causado mediando caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto éstos no pueden ser imputados a agente alguno; o los daños justificados, como los causados por el ejercicio regular de un derecho o en legítima defensa, y en algunos casos en estado de necesidad (no el estado de necesidad justificante o el estado de necesidad exculpan del Derecho penal, sino el estado de necesidad previsto por el Derecho civil); o con el consentimiento del agraviado. El efecto causado por el daño consiste en la reacción que el Derecho facilita a la víctima para lograr la reparación del mismo. Es una reacción de derecho en sentido inverso al que opera el daño.

Tradicionalmente se ha diferenciado entre ‘daño’ y ‘perjuicio’ habiéndose considerado que ambos conceptos tienen contenido diverso a la vez que habrían tenido un origen distinto. Algunas legislaciones extranjeras como el Código Civil mexicano diferencian entre daños y perjuicios y al parecer también el Código Civil argentino consideran como daño al ‘daño emergente’ y como perjuicio al ‘lucro cesante’¹⁷². Existen también algunos criterios tradicionales que diferencian el daño del perjuicio, considerando al primero “como el menoscabo de un interés cualquiera y por el segundo, la lesión de un interés jurídicamente protegido (...) un derecho reconocido y protegido

¹⁷¹ ALPA: *Ob. Cit.* p. 519. Con cita de SALVI.

¹⁷² “... el Código Civil Mexicano por ejemplo, distingue entre daño y perjuicio, identificando al daño con el daño emergente y al perjuicio con el lucro cesante”. OSTERLING PARODI, Felipe: *“Indemnización de Daños y Perjuicios”*. En Libro Homenaje a José León Barandiarán. Editorial Cusco, Lima, p. 399. En igual sentido se pronuncia BUERES, respecto al Código Civil argentino. *Ob. Cit.* p. 293. En el mismo sentido Gilberto MARTÍNEZ RAVE refiere: “... para otros el daño es el impacto físico o material que modifica una situación anterior, y perjuicio, las consecuencias de ese impacto en el tiempo, en el futuro”. : *“Responsabilidad Civil Extracontractual”*. Décima edición, Temis, Bogotá, 1998, p. 160.

por las normas positivas”¹⁷³. Nuestra legislación nacional, al parecer, siguiendo la tradición, habitualmente hace referencia a ‘daños y perjuicios’ como si fueran cosas diferentes, tal como puede verse de los artículos 1317°, 1321°, 1331°, 1332°, 1512°, etc, del Código Civil, el artículo 93° del Código Penal o el artículo 98° del Código Procesal Penal, y nuestra jurisprudencia ha repetido esta terminología; sin embargo, no existe criterio alguno que establezca las diferencias o que determine el concepto y delimitación de cada uno de ellos, por el contrario, se habla de ‘daños y perjuicios’ para referirse a una sola idea, concepto o juicio, y si en algún momento se podía manejar el criterio del Código Civil mexicano e identificar al daño con el ‘daño emergente’ y al perjuicio con el ‘lucro cesante’, esto ya no es posible con el nuevo Código Civil, que considera al lucro cesante como un componente de los daños en general, el mismo que debe tenerse en cuenta al determinar el monto del resarcimiento o indemnización, esto es, se conceptualizó al lucro cesante como categoría específica a la cual no podemos aplicarle el concepto de perjuicio. Siendo así, y estando a los criterios esbozados por la doctrina y las legislaciones modernas debemos considera al ‘daño’ y al ‘perjuicio’ como conceptos sinónimos, tal como refieren OSTERLING PARODI y A. J. BUERES, etc.¹⁷⁴

Otro de los aspectos importante del daño es la determinación de su *entidad*, es decir la naturaleza o tipo de daño así como su magnitud -su monto o *quantum*-. Asimismo, la determinación de la proporción o cantidad del daño que debe hacer frente el agente en calidad de prestación resarcitoria, y la proporción del daño que debe asumirla el propio sujeto pasivo o un tercero interviniente en la relación fáctica o procesal. La determinación del monto del daño es tan importante como la determinación del agente causante, por que de nada servirá haber determinado a la persona obligada con la prestación resarcitoria, si no se conoce o no se puede determinar la entidad o medida de dicha prestación.

En consecuencia, importa enormemente precisar los límites cuantitativos dentro de los cuales el daño asume sentido jurídico, ya que el contenido material del daño en general es igual al íntegro del monto que lo compone, pero jurídicamente el concepto de

¹⁷³ MARTÍNEZ RAVE: *Ob. Cit.* p.160.

¹⁷⁴ “Daño es sinónimo de perjuicio, así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano”. OSTERLING PARODI: *“Indemnización de Daños y Perjuicios”*. En L. Homenaje a J. Barandiarán. Ed. Cusco, Lima, p. 399. “... el vocablo ‘daño’ es sinónimo de ‘perjuicio’”. BUERES: *Ob. Cit.* p. 293.

daño no se identifica con el concepto natural del mismo; ya que por exigencias de la equidad, del orden público y la pacífica convivencia, el propio ordenamiento jurídico establece límites en la mensura del daño jurídicamente relevante. La entidad -tipo de daño- o la dimensión resarcible del mismo se reduce no sólo según la eficiencia causal del hecho del agente sino también, en muchos casos, en base a su grado de culpabilidad¹⁷⁵ -Artículos 1973 y 1983 del Código Civil- aun cuando esta última situación es discutible en la doctrina en atención al carácter reparador y no sancionador de la responsabilidad civil. No obstante que en los supuestos de daños morales o de daños inconmensurables, puede tener importancia tal situación. Siendo el caso que, si bien es cierto estas limitaciones atentaría contra el principio de la **Reparación Integral** de los daños, sostenido por la doctrina tradicional¹⁷⁶, también es cierto que las modernas tendencias vienen limitando este principio, como lo indica De Ángel Yáguez al referir “... como hemos visto más arriba, no faltan textos legales de derecho comparado que se inclinan por una *indemnización de equidad* como criterio básico para reparar el daño; es decir, en abierta ruptura con la idea tradicional de la *reparación íntegra*”¹⁷⁷. Y esta limitación de la dimensión de la reparación del daño no se da únicamente por razones de equidad y de grado de culpabilidad, sino que además puede limitarse por la exigua capacidad económica del causante o el beneficio que indirectamente hubiera podido obtener el propio sujeto pasivo con la actividad generadora del daño. En este sentido De Ángel refiere “... la capacidad económica del responsable del daño es también tenida en cuenta, aunque en raras ocasiones, para determinar el montante de la indemnización. Sobre todo si esa capacidad es reducida”¹⁷⁸ y agrega más adelante, englobando la intencionalidad y la capacidad económica del agente: “Cuando el perjuicio no ha sido causado intencionalmente ni como consecuencia de grave negligencia o imprudencia, y

¹⁷⁵ “... la cuestión relativa a si el grado de gravedad de la culpa determina la aplicación de diferentes criterios a la hora de fijar la cuantía de la indemnización (...) en la discusión sobre si el grado de culpabilidad influye en la relación de causalidad, es decir, sobre la aplicabilidad o no a la responsabilidad extracontractual de lo que ordena el artículo 1.107 del Código Civil.

El Código Civil Peruano del 24 de julio de 1984, en el artículo 1.973 determina que la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias, *si sólo la imprudencia hubiera concurrido en la producción del daño*” DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: Ob. Cit. pp. 61 y 62.

¹⁷⁶ “Siempre hemos dicho que la *producción de un daño obliga a su autor a su íntegra reparación*. Por expresarlo de otro modo, la función reparadora de la responsabilidad civil se traduce en la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima de todas las consecuencias que aquél acarrea”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: Ob. Cit. p. 55.

¹⁷⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: Ob. Cit. p. 109.

¹⁷⁸ DE ÁNGEL. Ob. cit. p. 67.

cuando su reparación llevaría al deudor a la ruina, el Juez puede reducir equitativamente los daños y perjuicios”¹⁷⁹. A ello agregaríamos que también la capacidad económica del agente influye en la determinación del contenido indemnizatorio cuando el responsable ordinario no puede hacer frente al daño y ante ello se llama al causante directo, aun cuando éste fuera un sujeto privado de todo discernimiento (art. 1977° de nuestro C.C.).

3.5.2.1. **DAÑO RESARCIBLE**

Es de precisar que para determinar el *quantum* específico del daño, se tendrá en cuenta los distintos tipos de daños indemnizables, pues lo que interesa para efectos jurídicos son los daños sujetos a resarcimiento; pues existen daños que a pesar de haberse acreditado su existencia, no son materia de reparación, como es el caso de los supuestos previstos por el artículo 1971° del Código Civil, es decir de los daños justificados, por haberse producido mediando el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, salvo algunas excepciones en este último caso. Asimismo tampoco generan reparación los daños producidos mediando una ruptura de la relación de causalidad, como los daños ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor, igualmente no son indemnizables los daños causados por la propia imprudencia de quien padece el daño¹⁸⁰. O también los daños en los que a pesar de haberse acreditado la existencia del hecho dañoso, el daño, y la relación de causalidad, no se puede atribuir responsabilidad al supuesto autor, por ausencia del factor de atribución; tales son los casos de los daños en que se requiere probar la culpa o el dolo del agente, y éstos no se pueden acreditar o no han concurrido a su causación.

En este sentido son indemnizables los siguientes tipos de daños:

1. Los **daños ciertos**, esto es, los que se ha constatado su existencia; puede tratarse de daños presentes o futuros, pero necesariamente ciertos; no puede tratarse de un daño *eventual o hipotético*. Igualmente, el simple peligro de un daño no da lugar a

¹⁷⁹ DE ÁNGEL: *Ob. Cit.* p. 68.

¹⁸⁰ Estos supuestos de daños no resarcibles están previstos por el artículo 1972° de nuestro Código Civil, y aun cuando en este artículo se habla de **autor** del daño, no se trata propiamente de autor, porque el autor siempre responde del daño, y en el presente artículo precisamente se exonera de responsabilidad al agente. Asimismo, este artículo establece que no se está obligado a la reparación cuando el daño proviene de hecho determinante de tercero, pero en este caso, de todas maneras habrá reparación, sólo que ésta correrá a cargo, precisamente, del tercero.

indemnización, se precisa que el daño se materialice¹⁸¹; el simple peligro, si es fundado, puede viabilizar una acción cautelar o un remedio de otro tipo pero no generar reparación¹⁸².

Que el daño sea cierto, significa que se ha materializado; y si esto no hubiera sucedido, es decir, si el daño fuese sólo eventual, o solamente existe una posibilidad remota de la materialidad del mismo, no se podrá decir que estamos ante un daño jurídicamente relevante, pues no se trata de un daño cierto.

Sin embargo, para determinar la certeza del daño, existen dificultades, y no existe uniformidad de criterios en la doctrina al respecto, tal como refiere CABALLERO OSPINA¹⁸³; en el caso de daños actuales, necesariamente se tendrá que acreditar su materialidad mediante datos objetivos y mensurables, en cambio, en el caso de daños futuros, basta con que el Juez vea relativamente cierta la posibilidad de la producción del daño, para amparar su reparación; pero la forma como debemos concretar esta certeza queda al criterio del Juez o de quien evalúe el daño.

2. Los *daños directos e indirecto*, al respecto, no hay unanimidad para determinarlos, por cuanto no se ha precisado qué elementos deben considerarse para su apreciación; así, se considera que un daño es directo si el hecho causante del mismo lesiona directamente al objeto del interés protegido, y será indirecto, si la lesión no fue directa al objeto de interés. Es decir, en la lesión al bien jurídico intervinieron otros factores coadyuvantes, o si dentro de la cadena causal, el daño obedece a una concausa y no a una causa directa. En otro sentido, se dice que el daño indirecto es el que sufre persona distinta a la directamente afectada. Esta discusión sin embargo es irrelevante, ya que serán resarcibles tanto los daños directos así como los indirectos, siempre, claro está, que sean ciertos y no remotos o eventuales y concurran a su producción los demás elementos propios de la atribución de responsabilidad civil.

¹⁸¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* T. II., p. 17.

¹⁸² “El peligro de daño (arts. 911, 1032, 2249, 2ª parte) genera un daño –en esta dirección– aunque la consecuencia de este *factum* no ha de ser la responsabilidad civil sino la legitimación del perjudicado para solicitar medidas de defensa personal”. BUERES, Albert J.: *Ob. Cit.* p.291. En sentido similar, ACUÑA ANZORENA, Arturo: *“Estudios sobre la Responsabilidad Civil”*. Editora Platense, La Plata, 1963, p. 13.

¹⁸³ CABALLERO OSPINA, Jorge: *“Responsabilidad Civil”*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Colombia, 1986. p. 245.

3. Los *daños inmediatos y mediatos* los primeros resultan del curso natural y ordinario de las cosas, los segundos son los que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto¹⁸⁴; es decir cuando más allá de la relación causal directa, se genera una cadena causal extendiendo el ámbito dentro del cual se produce el daño. Cuando la concurrencia de varios acontecimientos alargan la cadena causal produciendo una cadena de daños, surgen los llamados daños remotos, los mismos que no son resarcibles en nuestra legislación, conforme al artículo 1321° del Código Civil. Los daños mediatos serán indemnizables sólo excepcionalmente y cuando la extensión de la cadena causal no se haya extendido tanto, de tal forma que no aparezca con claridad la relación de causalidad.

4. Los *daños actuales y futuros*, los primeros son los daños que ya se han producido, están presente en el momento en que se considera que ha nacido la obligación, se ha producido el hecho o se va a determinar el resarcimiento. Los segundos son los que aún no han llegado a producirse en dicho momento, pero se tiene la certeza que se producirán. Ambos son materia de resarcimiento, a condición de que sean ciertos y no meramente hipotéticos. El fundamento del resarcimiento de los daños futuros, radica en términos de CABALLERO OSPINA, en que cuando “... el Juez tienen la certeza de que alguien va a sufrir un perjuicio, sería absurdo rechazar la acción que tendría que admitirla quizás al siguiente día”¹⁸⁵. Ahora bien, en el caso de los daños futuros, el problema se ha trasladado a determinar cuál es el momento a partir del que se debe considerar que los daños son actuales o futuros; y se ha dicho que éste puede ser el momento en que se produce el hecho dañoso, o también el momento en que se denuncia o demanda el resarcimiento del daño. Sin embargo, lo más adecuado es considerar este momento, a partir del cual se determina la obligación resarcitoria, sea porque se ha realizado una liquidación del daño mediante una transacción o porque se ha determinado el daño mediante una sentencia judicial u otro tipo de fallo resolutivo¹⁸⁶.

¹⁸⁴ BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *“Teoría General de la Responsabilidad Civil”*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989. p. 151.

¹⁸⁵ CABALLERO OSPINA, Jorge: *Ob. Cit.* p. 247.

¹⁸⁶ “Todo daño es cronológicamente, posterior al hecho dañoso o *eventus damni* (...). Sin embargo al referirse a ‘daños actuales o a daños futuros’, el jurista se ubica en un momento que es, cronológicamente, posterior al evento dañoso: Es el momento de la sentencia judicial que declara reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil del obligado a responder, estima en particular los daños producidos a la víctima, y finalmente condena a su resarcimiento (...). El juez en su sentencia deberá referirse a aquello que se reclamó, alegó y probó, es decir a actividades desarrolladas en momentos anteriores, como si realmente estuvieran

“En este tipo de daños, el juez se ve constreñido a hacer un doble juicio de imputación causal: uno, el que realizó normalmente con relación a la atribuibilidad del daño al responsable (...); otro, el juicio de probabilidad, también causal, porque se trata de establecer la certeza de un acontecimiento que aún no ha acontecido, en función al evento dañoso que es la causa”¹⁸⁷. Algunos llaman también daño sucesivo al daño futuro, por considerar que es un perjuicio o menoscabo que no se agota en un momento, sino que se continúa reiterando y que, obviamente, tiene su origen en el hecho dañoso.

5. Los *daños materiales e inmateriales*, los primeros son los daños patrimoniales, que pueden originarse directamente en forma de privación de un interés respecto de un bien jurídico patrimonial, o directamente a través de la destrucción, menoscabo o deterioro el propio objeto de protección (lo cual como se ha visto, implica la afectación al interés protegido), o una afectación indirecta, como el caso de pérdida de adquisiciones o ganancias (lucro cesante). Los segundos son ideales, es una afectación de carácter espiritual¹⁸⁸; es el daño directo que alguien sufre en un bien de la vida, como salud, libertad, honor, etc.; que no pueden ser evaluados patrimonialmente. Pueden también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial¹⁸⁹. A este orden de daños inmateriales pertenecen, a nuestro criterio, el daño *moral* y la mayoría de los llamados *daños a la persona*.

Inicialmente, el concepto de daño moral abarcaba a todos los tipos de daños no apreciables en dinero, como el sufrimiento, la afección, la pena o la afectación del sentimiento de la propia dignidad, así como los daños causados a los llamados derechos de la *persona*; luego se ha diseñado el llamado daño a la persona como una entidad distinta del daño moral. Al efecto señala FERNÁNDEZ SESSAREGO: “... el daño a la persona se refiere a todas aquellas múltiples situaciones en las cuales el sujeto, por

fusionadas en un instante único, con el momento de la sentencia. En cambio serán daños “futuros” los que, necesariamente, es decir con certeza, han de producirse luego del momento ideal o instante único que marca el momento de la sentencia (...). En la sentencia se declara cuáles son los daños ‘hoy’ existentes, hoy hay certeza sobre ellos. Pero hoy también puede el juez declarar que ciertamente, sobrevendrán otros daños a consecuencia del evento dañoso. Estos son los daños futuros”. ZANONI, Eduardo: “*Material de Trabajo de la Academia de la Magistratura*”. Módulo 4. Derecho Civil y Procesal Civil. Programa de Formación de Aspirantes. Lima, 1998. p. 238.

¹⁸⁷ ZANONI, Eduardo: *Ob. Cit.* p. 241.

¹⁸⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ: *Ob. Cit.* p. 232. BUERES: *Ob. Cit.* p. 288.

¹⁸⁹ LARENZ, Karl: *Ob. Cit.* p. 195.

sufrir una lesión en su integridad sicosomática, está normalmente sometido a consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona considerada en sí misma”¹⁹⁰. Sin embargo, esta definición aún es difusa a pesar de que nuestro Código Civil lo legisla en su artículo 1985, y en la doctrina habitualmente suele discutirse la naturaleza de estos daños¹⁹¹; pues, no aparecen con un contenido específico propio; más bien, están integrados, en general, por situaciones de contenido no patrimonial y otras de contenido patrimonial¹⁹²; en este caso, las primeras se pueden asimilar dentro del daño moral o extrapatrimonial y las segundas en el daño material o patrimonial; pues, éstas últimas a pesar de lesionar los derechos de la persona, tendrán una connotación económica en última instancia. Tal vez el nuevo nombre, daños a la persona, tenga como fin, más que establecer una nueva categoría de daños resarcibles, llevar un mensaje simbólico sobre los derechos de la persona humana plasmados en el propio código. Pero como refiere DE TRAZEGNIES GRANDA: “... se ha pretendido hablar del Código Civil como un código humanista, por considerar los daños a la persona con esta denominación; pero en realidad esta es una distinción falaz, todo el derecho pretende crear mejores condiciones de vida para la persona; esto no se logra a través de ciertas instituciones, sino mediante un espíritu que penetra y anima la integridad del cuerpo legal, por consiguiente, aun sin aceptar los llamados daños a la persona por razones lógicas, se puede tener una visión humanista del derecho. El humanismo (o el personalismo), no consiste en repartir la palabra *persona* por todas las normas del Código, sino en construir un orden jurídico que permita una mejor calidad de vida”¹⁹³.

Asimismo, también dentro de los llamados daños a la persona, se habla de **daños biológicos**, como por ejemplo aquellos que sufre el cónyuge, privado de la posibilidad

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “*El Daño a la Persona*”. En Libro Homenaje a José León Barandiarán. Editorial Cusco, Lima, 1985, p. 185.

¹⁹¹ Al respecto BUERES citando a DE TRAZEGNIES GRANDA, refiere: “Acerca de la expresión ‘daño a la persona’, el jurista peruano De Trazegnies Granda (que ha prestado mucha atención al tema de la responsabilidad civil), dice que se trata de una posible creación de la Comisión Revisora, no aclarada en debida forma. Puede ser que se refiera a los daños ocasionados a los derechos personalísimos, como por ejemplo la intimidad (...) pero el citado autor (a nuestro juicio con todo acierto) pone en duda que este híbrido, como él lo califica, no pueda incorporarse a las categorías del daño emergente o del lucro cesante o, en su caso, del daño moral”. *Ob. Cit.* p. 311.

¹⁹² “... la distinción entre daños a la persona, daños a las cosas (o a la propiedad), daños económicos, daños morales, que entre nosotros (ordenamiento italiano) sirve sólo para aclarar el contexto en el cual el daño se desarrolla mientras en *common law* absuelve una función más relevante, en cuanto surge como criterio selectivo de los daños resarcibles”. ALPA *Ob. Cit.* p. 518.

¹⁹³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* T.II., p. 111.

de mantener normales relaciones sexuales con su consorte; a la vez que también se habla de daños éticos, daño a la vida, daño sexual o daño a la vida familiar; todos estos dentro del ámbito de los llamados daños subjetivos¹⁹⁴.

Pese a lo anotado, lo importante para el tema que nos ocupa (independientemente de la denominación que se dé a estos daños), es que ambos daños, materiales o inmateriales, patrimoniales o extrapatrimoniales -personales o morales-, son resarcibles en todos los casos que se acredite su existencia; aunque para el caso del resarcimiento del daño moral, cuya prueba de su existencia resulta difícil, el Juez determinará su entidad y magnitud, aplicando su prudente arbitrio orientado por la *equidad*, dado su carácter ideal y subjetivo; en este caso, su reparación, como se viene indicando, más que un resarcimiento propiamente dicho, se asemeja a una *satisfacción* a favor del damnificado.

6. Los *daños previstos y no previstos*, daños previstos son los que el agente ha considerado posible su producción al momento de ejecutar el acto dañoso, y consecuentemente los ha tenido en cuenta como una consecuencia de su conducta. No previstos son los que el agente no los ha tenido en cuenta en dicho momento.

Los daños no previstos, a la vez pueden subdividirse en *daños previsibles*, o sea aquellos que el agente, actuando con la debida prudencia o diligencia del caso, puede prever la posibilidad de su producción; e *imprevisibles*, es decir aquellos que no podían preverse aun cuando el agente hubiera actuado observando la prudencia o diligencia debida.

Para efectos de resarcimiento, los daños previstos no presentan mayores problemas, y de producirse deberán ser resarcidos. La dificultad se presenta en los daños no previstos, ya que, si a pesar de no haber sido previstos, se pudieron prever, si se

¹⁹⁴ “Una autorizada doctrina ha sistematizado la voz del denominado daño a la persona, partiendo de la clasificación de los daños desde dos puntos de vista: el primero, por la naturaleza del ente afectado, dentro del cual encontramos al daño subjetivo (daño a los sujetos de derecho), que comprende al daño sicosomático (daño biológico y daño a la salud) y al daño a la libertad (daño al proyecto de vida), en contraposición al cual se encuentra el daño objetivo (daño a los objetos de derecho). El segundo criterio clasificatorio está en función de las consecuencias del hecho dañoso, configurándose así el daño personal o extrapatrimonial y el daño extrapersonal o patrimonial. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *“Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la Reparación del Daño Subjetivo”*. En Revista Jurídica del Perú. No.: 61, abril 1992 - diciembre 1994. Editorial Normas Legales. 1994. 21.

producen, son resarcibles¹⁹⁵; pero en el caso de los daños imprevisibles, es decir los que no se pueden prever, sólo serán indemnizables si el perjuicio se hubiese producido como resultado de una conducta dolosa o de culpa inexcusable, resultando no resarcibles los daños imprevisibles provenientes de una actuación con culpa leve; ello de conformidad con el artículo 1321° del Código Civil. Este artículo también es de aplicación a la responsabilidad extracontractual, ya que se trata de una norma general previsto para todas las fuentes de obligaciones. Este criterio resultará de aplicación a la responsabilidad civil proveniente del delito para los supuestos de comisión de delitos mediando culpa leve. Para el caso de supuestos dolosos, o casos de culpa grave o inexcusable, se estará al principio de reparación integral de los daños¹⁹⁶.

7. El *daño emergente y lucro cesante*, el resarcimiento comprende tanto las pérdidas sufridas por el agraviado (daño emergente), así como la falta de ganancia (lucro cesante), en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso. “Si el objeto del daño es un interés actual, o sea el interés relativo de un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene por daño emergente. Si el objeto del daño es un interés futuro, es decir el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene por lucro cesante”¹⁹⁷.

El hecho que el ordenamiento jurídico sujete a resarcimiento el lucro cesante, radica en que si bien constituye el sacrificio de una utilidad no actual, sin embargo tan pronto como pueda acreditarse que tal utilidad habría tenido existencia es suficiente para dar lugar a la reacción jurídica. La determinación de la existencia y magnitud del lucro cesante, quedará sin embargo, al criterio y razonabilidad del Juez¹⁹⁸. Estos

¹⁹⁵ Aun cuando en este caso, debe tenerse en cuenta la aseveración de Alpa, en cuanto refiere: “... si las consecuencias son demasiado remotas y si un hombre razonable no las hubiera previsto, el daño no es susceptible de resarcimiento”. ALPA, Guido: *Ob. Cit.* p. 521.

¹⁹⁶ Los delitos pueden cometerse mediando dolo o culpa en la conducta típica, y para efectos de tipificación del delito, y consecuentemente para determinar la responsabilidad penal no se diferencia entre culpa leve o culpa grave e inexcusable, salvo para casos específicos como algunos supuestos de receptación o para determinar el *quantum* de la pena. Por lo que en el derecho penal prima el principio de la reparación integral de los daños, con las limitaciones específicas a las que ya nos hemos referido.

¹⁹⁷ DE CUPIS, Adriano: *Ob. Cit.* p. 311.

¹⁹⁸ “Cómo se habría producido el lucro cesante, de haber existido, queda a la determinación racional del Juez, pues sólo los beneficios ciertos son tutelados por el derecho y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que no se puede considerar la ilusión de eventuales ventajas. Aunque debe entenderse que la certidumbre dentro del campo de lo hipotético no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una consideración fundada y razonable”. DE CUPIS, Adriano: *Ob. Cit.* p. 215.

beneficios dejados de obtener tendrán que ser legales, es decir conforme a derecho, ya que jurídicamente no se puede amparar ganancias ilícitas o indebidas.

8. La *chance*, el daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa del incremento patrimonial, sea a través del aumento de los activos a de la disminución de los pasivos; o lo que la doctrina francesa llama la ‘desaparición de la probabilidad de un suceso favorable’ o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia¹⁹⁹. Es la desaparición de un evento favorable que por la actuación antijurídica de un tercero que interviene en el curso normal de los acontecimientos ya nunca se podrá saber, con certeza absoluta, si el afectado hubiese obtenido o no el beneficio (ventaja patrimonial); la chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro²⁰⁰. La chance tiene que constituir un interés legítimo, protegido por la ley, de tal modo que si la posibilidad se frustra se afecta la esperanza legítima del afectado.

Sin embargo, para el resarcimiento por daños causados por pérdida de chance de una ganancia, ésta debe superar el carácter simplemente eventual o hipotético o de conjetura, así como tampoco es suficiente la simple mención de esperanzas cuya valoración resulta imposible, pues no se indemniza la cuota de la ganancia frustrada, sino sólo la chance de obtenerla²⁰¹.

3.5.2.2. DAÑOS NO RESARCIBLE

Hay un grupo de daños que por distintas razones no son resarcibles o indemnizables, tales son los casos de daños en que no se llega a determinar la relación de causalidad entre el hecho y el daño; los casos de fractura de la relación causal²⁰²; los

¹⁹⁹ TRIGO REPRESAS y LÓPEZA MESA: *Ob. Cit.* p. 465.

²⁰⁰ TRIGO REPRESAS y LÓPEZA MESA: *Ob. Cit.* p. 466.

²⁰¹ *Ibidem.*

²⁰² Entre los casos de fractura de la relación causal podemos considerar fundamentalmente los previstos en el artículo 1972 de nuestro Código Civil, esto es el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho determinante de tercero y la imprudencia de la propia víctima. Entendemos que caso fortuito o fuerza mayor “se trata de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible. Y para todo efecto práctico, nuestro Código Civil considera caso fortuito y fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad”. DE TRAZEGNIES GRANDA. *Ob. Cit.* p. 308.
Asimismo, se considera que existe hecho determinante de tercero, cuando la ruptura del nexo causal entre el que supuestamente era el causante y el daño, se produce por la intervención de un tercero. Esto es, “aquel que parecía ser el causante, no lo es, sino que es otro quien contribuyó con la causa adecuada”. DE TRAZEGNIES GRANDA. *Ob. Cit.* p. 329.

daños que no se pueden imputar jurídicamente al supuesto autor, esto es, cuando no existe un factor de atribución de responsabilidad en virtud al cual se pueda fundamentar la responsabilidad del agente o autor²⁰³. Asimismo, hay un grupo de daños, que aun cuando se determina la relación de causalidad, y el correspondiente factor de atribución de responsabilidad, por la forma y circunstancias como se han producido, el propio ordenamiento jurídico niega el resarcimiento, y por el contrario los considera como daños permitidos o autorizados; a este tipo de daños está referido el artículo 1971º del Código Civil; comprendiendo dentro de sus alcances a los daños ocasionados en ejercicio regular de un derecho, en legítima defensa de la propia persona o de otra (en salvaguarda de un bien propio o ajeno), y en caso de remoción de un peligro inminente o en estado de necesidad.

En estos caso de daños autorizados (ocasionados en ejercicio regular o legítimo de un derecho, en legítima defensa, o en estado de necesidad) sí estaremos ante una conducta típica penalmente, pero las circunstancias en que se comete el hecho configuran causales de justificación de la conducta causante del daño, tal como ocurre en el ámbito penal. Es decir el ordenamiento jurídico niega la antijuricidad de estos daños. Éstos en realidad no tienen relevancia jurídica en cuanto no generan la obligación resarcitoria a cargo del causante; sin embargo, es necesario conocerlos debidamente, por cuanto sólo previa la constatación de que se trata de este tipo de daños, se podrá eximir del resarcimiento al causante. En este sentido, y con esta finalidad vamos a referirnos brevemente a cada uno de éstos.

a) Daños ocasionados en ejercicio regular de un derecho

Los daños ocasionados en ejercicio regular de un derecho están amparados por el ordenamiento jurídico, el interés que sustenta la conducta dañosa constituye la

En el caso de imprudencia de quien padece el daño: “También se trata de un daño que no ha sido producido por el presunto agente; un daño del cual el demandado no es autor. Pero, a diferencia del caso fortuito en que el daño es atribuible a un suceso anónimo, y del hecho determinante de tercero que es imputable a una tercera persona, aquí la causa del daño se encuentra total o parcialmente en el hecho de la propia víctima”. DE TRAZEGNIES GRANDA: *Ob. Cit.* p. 340.

²⁰³ Estos son los casos de daños en que sí existe una relación de causalidad, pero no se prueba la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, esto es, no existe un fundamento jurídico para poder trasladar el peso del daño, de la víctima al causante del mismo. Esto sucede por ejemplo en los daños en que hay que probar la existencia de culpa o dolo, y no han concurrido a la causación ninguno de estos factores, y tampoco se trata de la producción de un daño producido mediando una actividad riesgosa o peligrosa o mediante el uso de bienes riesgosos o peligrosos, y consecuentemente no se le puede atribuir al causante responsabilidad objetiva.

concreción de un derecho reconocido o protegido, a la vez que el interés atacado es sacrificado por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta actuación autorizada debe ser regular, para ser legítima, esto es, debe de ejecutarse dentro de determinados límites, los mismo que de ser rebasados se negaría la justificación o autorización y el agente incurriría en responsabilidad, sea civil, penal o en ambas si es que la conducta además de dañosa es constitutiva de delito.

En este rubro también pueden asimilarse los daños ocasionados a los bienes jurídicos en ocasión del ejercicio de un oficio o un cargo; asimismo, también se pueden asimilar los daños ocasionados en un obrar por disposición de la ley o en el cumplimiento de un deber. En estos casos, se dice que el sujeto actúa en ejercicio del derecho de dañar. Y si bien es cierto estos supuestos no están previstos en el Código Civil, constituyen causales de justificación genéricas previstas en el artículo 20° del Código Penal, que a través del mecanismo de integración analógico resultaría aplicable también a la responsabilidad civil.

b) Daños ocasionados en ejercicio de legítima defensa.

Es el daño ocasionado al repeler una agresión o ataque injusto y violento a bienes jurídicos propios o de terceros. Para la apreciación y definición de la legítima defensa, debemos tomar los criterios establecidos en el Código Penal, pues éste trata el tema con mayor detalle y de una manera más técnica y adecuada, y no existe impedimento para aplicar estos criterios analógicamente al ámbito civil. El Código Civil diferencia innecesariamente entre ataque a los bienes y ataque a las personas, sin tener en cuenta que ambos supuestos configuran ataques a bienes jurídicos, unos serán bienes jurídicos personales y los otros bienes jurídicos patrimoniales, pero bienes jurídicos al fin y al cabo.

Para que la conducta dañosa sea justificada, tendrá que desenvolverse dentro de determinados parámetros previstos expresamente por la norma, esto es: la agresión ante la cual reacciona el causante del daño debe ser ilegítima, es decir, no debe tratarse de una agresión mandada o permitida por el derecho; debe emplearse un medio racional para repeler la agresión (un medio que no cause más lesión de la necesaria); y no debe existir una provocación suficiente de parte del que hace la defensa; esto significa que la ley permite cierto grado de provocación de parte del que se defiende, pero éste debe ser

de escasa magnitud, de lo contrario quien estaría actuando en legítima defensa sería el “agresor” y no el que “se defiende”. Asimismo, aun cuando la norma no lo dice expresamente, la doctrina considera que la reacción del que hace la defensa debe ser instantánea, o dicho de otra manera, debe existir actualidad en la reacción, de lo contrario ya configuraría una acción de venganza desaprobada por el derecho. Entonces, si se comprueba que el daño se ha producido dentro de este contexto, se dirá que se justifica por haber actuado el causante en legítima defensa de sus bienes jurídicos. En este caso, se sacrifica el bien jurídico o interés del que recibe el efecto de la defensa legítima (el agresor), porque se considera que con la agresión ilegítima, se ha ubicado al margen de la protección del derecho, y en tales condiciones no puede recurrir al derecho en busca de dicha protección.

c) Daños ocasionados en estado de necesidad

En estos casos, se ocasiona el daño en circunstancias en que existe un conflicto de intereses, el que se resuelve sacrificando el interés de menor valor. Pues “el estado de necesidad se presenta cuando el agente realiza una conducta típica [o dañosa]²⁰⁴ con la finalidad de proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño actual e inminente, produciendo en tal empeño una lesión de menor gravedad que la impedida, en los bienes jurídicos de otra persona, siempre y cuando no pueda acudir a otra vía distinta y no esté obligado jurídicamente a afrontar el trance, o haya sido provocado por él ...”²⁰⁵. En nuestro ordenamiento jurídico basta, para que se presente la causal de justificación, que de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto y de la intensidad del peligro que los amenaza se determine que el bien protegido -o salvado del riesgo o peligro- es predominante sobre el bien o interés dañado, es decir, que resulta de mayor valor; además de que deberá de haberse empleado o utilizado una fuerza y un medio adecuado para vencer el peligro. Esto es, el ataque al bien sacrificado no debe ser irracional o desmedido, sino el indispensable para salvar al bien propio del peligro. En este caso, nuestro ordenamiento civil ha establecido que para exonerar de

²⁰⁴ Agregado nuestro.

²⁰⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Ob. Cit.* p. 458. Si bien esta apreciación está hecha para el derecho colombiano, -el cual prevé la circunstancia de que sólo se presentará esta causal de justificación, cuando el agente de la acción no estuviere obligado jurídicamente a afrontar el daño, o cuando la circunstancia de peligro o riesgo no hubiera sido provocada por él, hechos que no están previstos por nuestro ordenamiento jurídico-, es ésta la concepción más generalizada en la doctrina extranjera.

responsabilidad civil -de la obligación de resarcir el daño-, es necesario que la diferencia entre ambos bienes sea notoria, a diferencia de los supuestos de exención de responsabilidad penal, en que basta que el valor del bien salvado sea superior al valor del bien sacrificado, por más que la diferencia sea mínima. (inciso 3 del artículo 1971° del Código Civil concordante con el inciso 4 artículo 20° del Código Penal).

Al respecto, creemos que es necesario precisar que es plenamente justificable que se exima de responsabilidad penal al causante del daño, pero nada justifica que se deje sin reparar el daño producido por el ataque al bien sacrificado, ya que de cierta manera se estaría cargando a la cuenta de otro la eventualidad presentada para uno; lo cual no encuentra una justificación razonable dentro del ordenamiento jurídico. En estos caso la propia doctrina ha considerado que “... a pesar de su no antijuridicidad, el daño del cual tratamos produce igualmente una reacción jurídica a favor del damnificado, que consiste en una indemnización”²⁰⁶. Esto en nuestro ordenamiento jurídico resulta más discutible, ya que en términos generales, cuando se trata de daños producidos en estado de necesidad relativos a la responsabilidad extracontractual, el inciso 3 del artículo 1971° del Código Civil, establece que el causante del daño queda exento de responsabilidad, pero, en el artículo correspondiente a las limitaciones de los derechos reales por razón de vecindad (derecho de propiedad), artículo 959°, se establece una indemnización a favor del propietario de un predio por los posibles daños que se le pudiera causar en ocasión del estado de necesidad del propietario de un predio vecino, con lo cual se establece un régimen resarcitorio diferenciado, sin que exista razón alguna para tal diferenciación. Es por ello que creemos que debe propenderse a la reparación de los daños causados en estado de necesidad en términos generales, dejando a salvo algunos casos en que racionalmente se justifique la exención de la reparación.

En los casos en que además el hecho configura delito, la necesidad resarcitoria aparece con mayor claridad, toda vez que se trata de la afectación de bienes jurídicos vitales de la comunidad, en los que el interés por la reparación debe ser mayor, y por tanto, también es mayor la necesidad de resarcimiento²⁰⁷. Pues, si bien es cierto que

²⁰⁶ DE CUPIS, Adriano de: Citado por De Trazegnies Granda, Fernando: *Ob. Cit.* p. 205.

²⁰⁷ Tanto más si se considera el criterio de ciertos autores que consideran que las causales de justificación no niegan la antijuridicidad general de los hechos justificados, sino únicamente significan la exención de la pena. Tal es el caso de DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*. En: Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, coordinado por Luzón Peña y Mir Puig, Aranzadi, 2995, pp. 87.

resulta plenamente justificado que se niegue el resarcimiento en los casos de legítima defensa, porque el propio titular del bien jurídico afectado se pone voluntariamente en un ámbito de ilicitud, al ejercitar una agresión ilegítima en contra de quien se defiende legítimamente; y en el caso del ejercicio legítimo de un derecho, precisamente porque al tratarse de un ejercicio regular y legítimo, el ordenamiento jurídico no puede prestar una reacción en su contra; ello no sucede en el estado de necesidad, en el que titular del bien jurídico sacrificado, en ningún momento se ha puesto en un ámbito de ilicitud, por lo que no hay una razón válida para sacrificar su bien jurídico en salvaguarda de los bienes de otro. El simple hecho que el bien salvado sea de mayor valor no es razón suficiente para imponer la carga del daño al titular del bien afectado por el simple hecho de que su bien se encontraba en situación de servir para el salvamento de un bien de otro²⁰⁸. Consecuentemente, en los casos de daños producidos en estado de necesidad, creemos que de todas maneras se debe otorgar resarcimiento al titular del bien jurídico afectado; pues resulta inicuo cargar el peso del daño en alguien sin que exista una razón que lo justifique, y sin tenerse en cuenta ni siquiera los casos en que el que ataca el bien jurídico pudiera ser una persona de mayor capacidad económica que el titular del bien afectado; ello claro está como una propuesta de *lege ferenda* o como una forma de interpretar las normas jurídicas en vigencia y morigerar los efectos de la injusticia anotada.

d) Daños ocasionados con el consentimiento del titular del bien jurídico

Estos son los casos de daños previstos en el inciso 10 del artículo 20° del Código Penal, en los cuales se exime de responsabilidad penal al causante del daño que obra premunido del consentimiento del titular del bien jurídico afectado. Esta circunstancia también es una causal de justificación de la conducta dañosa²⁰⁹; la misma que puede ser típica penalmente, pero al ser justificada, significa que está permitida por el ordenamiento jurídico y por tanto no puede generar responsabilidad de ningún tipo. Pero

²⁰⁸ Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico propende a proteger los actos o situaciones jurídicos más importantes, o mejor valorados socialmente -esto también en consonancia con el llamado análisis económico del derecho, y en aplicación efectiva de la llamada Optimalidad de Pareto-, en estos casos también la carga del coste de lograr la actividad más eficiente, deberá ser asumida por la sociedad, pero no por un sujeto individualmente considerado; no existiendo por tanto, ni social ni individualmente, un fundamento para que el lesionado en sus bienes jurídicos, cargue el peso del daño producido en estado de necesidad del causante.

²⁰⁹ WESSELS, Johan: *“Derecho Penal. Parte General”*. Depalma, Buenos Aires, 1980. pags. 99, 100 y 101.

para que pueda aplicarse esta causal de justificación, será necesario que el bien jurídico afectado sea uno de libre disposición de la víctima; esto es, que el titular del bien, pueda celebrar actos jurídicos de disposición válidos respecto al bien. No podrán comprenderse en este rubro las afectaciones de bienes jurídicos como la vida, la integridad física (cuando atente contra las buenas costumbres)²¹⁰, o aquellos en los cuales exista un especial interés público en su protección, como el caso de la protección del medio ambiente, la defensa de la competencia, la protección del consumidor, etc. El bien jurídico, de libre disposición por naturaleza, es el patrimonio; y consecuentemente, en las afectaciones a bienes u objetos integrantes del patrimonio del sujeto, si hubiera consentimiento de parte del titular, los daños que se pudieran ocasionar en este contexto carecen de relevancia jurídica, toda vez que no generan la obligación de resarcimiento a cargo de su causante.

Sin embargo, al decir de WESSELS, el consentimiento para producir efectos jurídicos debe reunir determinados presupuestos tales como: a) la renuncia debe ser admisible jurídicamente (debe estar permitido disponer del bien jurídico); b) quien consciente debe tener la facultad de disponer del bien jurídico, como titular o como representante legítimo; c) quien consiente debe tener la capacidad correspondiente; d) el consentimiento no debe presentar vicios esenciales de voluntad; e) si se trata de intervención en la integridad corporal, el *hecho* no debe atentar contra las buenas costumbres; f) el consentimiento debe ser declarado *antes del hecho* de manera expresa o en forma conclusiva. Éste es revocable hasta el momento de la comisión del hecho; g) el autor debe haber actuado *conociendo el consentimiento y por causa de él*. En los casos de consentimiento jurídicamente admisible, pero que falta por razones de hecho, cabe un ***consentimiento presunto***²¹¹.

Particularmente para efectos de la exención de responsabilidad civil es necesario que en el consentimiento se cumpla además las exigencias del artículo 1986° del Código Civil. Es decir, que aun cuando exista el consentimiento respecto a la lesión del bien jurídico, de todas maneras el agente será responsable civilmente si hubiese actuado dolosamente u observando culpa inexcusable; lo que equivale a decir que sólo se podrá

²¹⁰ En algunos casos, que no afecten las buenas costumbres o prácticas médicas comúnmente aceptadas, o que no contradigan la *Lex Artis*, el titular puede autorizar que se le practique determinados daños a su integridad corporal, o someterse a los riesgos que pudieran implicar una operación o intervención quirúrgica.

²¹¹ WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* pp. 100, 101, 102 y 103.

liberar de responsabilidad civil por consentimiento, cuando el agente actúe mediando culpa leve; ya que aun cuando exista convenio previo sobre exclusión o limitación de responsabilidad civil, este convenio no surtirá efecto alguno, cuando media dolo o culpa inexcusable²¹² del agente, ya que en virtud al mencionado artículo del Código Civil, se sanciona con nulidad a este tipo de convenios. Todo esto sin embargo, funcionará sólo para los casos del consentimiento que niega la tipicidad, por que si se trata de consentimiento como causal de justificación, de todas maneras el agente quedará liberado tanto de la responsabilidad civil así como de la penal, precisamente porque actuó amparado por el ordenamiento jurídico; es decir su comportamiento está amparado por el derecho, y consecuentemente el daño ocasionado en estas condiciones no será antijurídico, y por tanto no reparable. Hablamos de consentimiento vinculado a la tipicidad, cuando éste incida en la ausencia del dolo o en la formación de éste, lo cual no está referido a la antijuricidad de la conducta y tampoco resultará de aplicación en los casos de daños culposos.

3.5.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Producido el daño, o constatada su materialidad, para que el mismo tenga efecto jurídico, es necesario determinar si existe un causante a quien se pueda atribuir posteriormente la calidad de autor²¹³. Causante, es el sujeto que realizó una *acción u*

²¹² “En materia de responsabilidad extracontractual, la culpa inexcusable es entendida como una culpa gravísima, y como la variante de la culpa grave más cercana al dolo. Culpa grave y culpa inexcusable no son sinónimas, por que la segunda es el caso extremo de la primera: la culpa inexcusable no es una mera *culpa lata* o grave sino una *magna culpa*. Las Cámaras reunidas de la Corte de Casación francesa definieron con fecha 15 de julio de 1941 la culpa inexcusable como “una culpa de gravedad excepcional que se deriva de un acto o de una omisión voluntaria, de la conciencia del peligro que debía tener su autor, de la ausencia de toda causa justificatoria, y que se distingue de la culpa intencional por la falta de un elemento intencional”. En 1957, la norma citada sobre el transporte aérea la define de manera muy expresa: “Es inexcusable la falta deliberada que implica la conciencia de la probabilidad del daño y su aceptación temeraria sin razón válida”. DE TRAZEGNIES GRANDA: Ob. Cit. p. 222.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que esta elaboración doctrinaria está pensada únicamente para la responsabilidad extracontractual; pero para el caso que nos ocupa, es decir cuando además la conducta dañosa implica comisión de un delito, hay que considerar a lo que en el acápite anterior se le llama culpa intencional, como el *dolo*. Y sobre todo, hay que tener en cuenta que la definición de la norma de transporte aéreo antes citada, es propiamente una definición *de dolo eventual* y ya no de culpa por más que ésta sea inexcusable; toda vez que el agente se representa el resultado como probable, y a pesar de esta representación sigue adelante con la comisión del hecho, lo que equivale a querer el resultado; y en este ámbito entramos ya al terreno del dolo y no únicamente de la culpa.

²¹³ No es lo mismo hablar de causante y de autor, ya que causante será el agente de la conducta o acción a la cual se vincula el resultado -daño-, por existir entre ambos una relación de causalidad; pero aún no se puede decir que el causante a su vez sea el responsable o autor; hablar de autor significa que además de la relación de causalidad existente entre la acción del causante y el resultado, existe un factor de atribución de responsabilidad en mérito al cual se lo considera responsable; es decir, autor es sinónimo de responsable, pero causante y responsable son categorías distintas.

omitió actuar cuando estaba obligado y con ello finalmente produjo o desencadenó el **resultado** dañoso (daño). Este resultado configura un cambio en el mundo exterior o la falta del cambio que era esperado y mandado por el Derecho; esto es, constituyen la afectación del bien jurídico.

La conducta o acción causante del resultado se vinculan ente sí a través de una relación o nexo causal en virtud del cual se habla de **relación de causalidad** en el Derecho de daños o responsabilidad civil²¹⁴. Es en razón a esta relación de causalidad que se dice que el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción adquiere la calidad de causa de éste²¹⁵. Mediante esta relación de causalidad se discrimina a las acciones o personas que a pesar de haber tenido alguna participación en la producción del daño, no resultan vinculadas jurídicamente, precisamente porque no existe una relación de causalidad entre su acción específica y el resultado dañoso producido²¹⁶.

La relación de causalidad ha experimentado un proceso de evolución considerable, inicialmente estuvo relacionada estrechamente con el concepto naturalista de la acción que imperaba en las postrimerías del siglo XIX. En la actualidad ha experimentado una orientación normativa, a partir de la cual sus conceptos contenido y estructura, se

Asimismo, el significado de autor y responsable será diferente, dependiendo de si nos encontramos en el ámbito civil o en el ámbito penal; pues, autor y responsable en el derecho civil generalmente son sinónimos, y por tanto si encontramos que una persona es autora de un hecho causante de un daño, a su vez será el responsable del mismo, salvo claro está los casos de responsabilidad civil indirecta, en cuyo caso también puede resultar responsable una persona -o en general, un sujeto de derecho- que no es autora. En cambio en el Derecho Penal una persona puede ser autora del delito, pero no ser responsable, por ausencia de exigibilidad preventiva de sanción penal, como el caso de las excusas absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad por ejemplo.

²¹⁴ En el Derecho Penal también se requiere de una relación de causalidad, pues para que una conducta sea típica se tiene que acreditar que existe una acción vinculada al resultado mediante una relación de causalidad válida, salvo los casos de tipos penales de simple actividad o también los tipos de peligro, en que no se ha ocasionado propiamente una lesión al bien jurídico, sino que únicamente se ha creado un peligro o riesgo de lesión, en los cuales como no se precisa de un resultado para la configuración del tipo penal, tampoco es necesaria relación de causalidad alguna.

Los tipos penales de simple acción, o de mera actividad o simple actividad, se configuran únicamente a partir de la acción del sujeto, no requiriendo de ningún resultado; así por ejemplo en el caso de la injuria no es necesario para la configuración del tipo, que se produzca un resultado efectivo o una lesión en el honor del sujeto pasivo; asimismo en los delitos de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, tampoco se requiere de resultado alguno, basta con que el sujeto realice la acción de conducir el vehículo encontrándose en estado de ebriedad.

²¹⁵ “Relación de causalidad es el ligamen que se produce entre dos diversos fenómenos, en virtud de que uno asume la figura de efecto jurídico respecto del otro; cuando un fenómeno subsiste en virtud a la existencia o preexistencia de otro”. ADRIANO DE CUPIS. Ob. cit. 107.

²¹⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. p. 281 y 282.

determinan en función de criterios jurídicos. En el derecho penal igualmente se ha producido esta evolución especialmente para la teoría de la causalidad. La *causalidad en el sentido jurídico* es algo distinto a la *causalidad en el sentido de las ciencias naturales*²¹⁷. “Por tanto, el análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley”²¹⁸. Es en este sentido que en ciertos casos la relación de causalidad, para el derecho, no está determinada por la causalidad natural, sino que el ordenamiento jurídico establece qué hechos o situaciones antecedentes deben tenerse como causas de un resultado jurídicamente relevante. Incluso en ciertos casos es la propia ley la que determina quiénes son los responsables, aun cuando no sean causantes; tal es el caso de los responsables vicarios como los empleadores o los representantes de incapaces²¹⁹.

Pese a que la concepción naturalística de la causalidad fue superada, sin embargo, no se superaron los problemas que la causalidad acarrea, ya que si bien es cierto que en la mayoría de los casos se puede establecer fácilmente, en otros, esto no sucede así, ya que hay hechos que concurren a la producción del resultado en concurso con otras causas y se presentan dificultades para determinar a qué acción o acciones se le puede o debe atribuir el resultado. Pues como refiere BUSTAMANTE ALCINA “... cuando hablamos de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos causantes. Sin embargo, el hecho no es sino un eslabón de una cadena causal en la que suceden inexorablemente hechos que son antecedentes de aquél y hechos que son su consecuencia”²²⁰.

Ante la dificultad para determinar la relación de causalidad entre la acción y el resultado, la doctrina ha elaborado una serie de teorías orientadas a establecer cómo es que ésta debe determinarse. Entre éstas, la teoría de la *equivalencia de condiciones* o

²¹⁷ WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 52.

²¹⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* p. 282.

²¹⁹ En los casos de responsabilidad vicaria anotados, los agentes indirectos del daño, entran en la relación procesal como terceros responsables; pero en el proceso serán demandados como obligados solidarios conjuntamente con el obligado directo; siendo suficiente en este último caso, que se acredite la relación de causalidad únicamente respecto del agente directo, ya que el tercero será responsable sólo en virtud a un nexo lógico o legal más no causal; considerándose que su vinculación jurídica surge del hecho de haber propiciado la ocasión en la cual el agente directo causó el daño o porque así lo establece la ley.

²²⁰ BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *Ob. Cit.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 22

de la *conditio sine qua non*, asume que todas las condiciones negativas y positivas concurrirían necesariamente a producir el resultado, de manera tal que suprimiendo una de ellas, el resultado no se produce; consecuentemente, todas las condiciones concurrentes debían admitirse como causas del resultado²²¹. Conforme a esta teoría se extendió enormemente las causas de un resultado con lo que finalmente no se resolvió el problema por cuanto considera igualmente responsables a todos los que de una u otra manera intervinieron en la cadena causal, por remotas que hubiesen sido las posibilidades de contribuir a la producción del resultado (daño) o de causar éste con su sola intervención. Asimismo, resultaba completamente injusto que quien hubiera participado mínimamente en los acontecimientos, fuese responsable en la misma medida que el que con su accionar hubiera producido por sí solo el resultado. Ante el universo de causas que generaba esta teoría, para cualquier tipo de daños, fue considerada inaceptable.

3.5.3.1. TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA

Para esta teoría sólo será causa, aquélla que es próxima en el tiempo a la producción del resultado, las otras solamente serán condiciones. Toma en cuenta sólo las causas inmediatas y directas. Esta teoría tuvo bastante influencia en nuestro Derecho civil, incluso en el Código Civil de 1984 aparece consagrada en su artículo 1321°, donde se indica que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y *directa* de tal inejecución. En este sentido se asume que en nuestro ordenamiento jurídico se ha plasmado la teoría de la causas próxima para el caso de la responsabilidad contractual; aun cuando para la responsabilidad extracontractual se ha consagrado la teoría de la *causa adecuada*. Se critica duramente a esta teoría porque tiende una cortina de humo que hace imposible determinar la responsabilidad de quienes se encuentran detrás del agente inmediato del daño, por lo que en el tema que nos ocupa no tiene aplicación.

²²¹ Ya STUART MILL había establecido en el terreno filosófico que ‘la causa de un resultado es la suma total de las condiciones negativas y positivas tomadas en conjunto, que concurren a producirlo’. BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *Ob. Cit.* p. 222.

En el Derecho Von Buri, estableció que “... constituye causa de un evento todo aquello que de un modo u otro ha contribuido a su realización; es decir todos los hechos sin los cuales no se hubiera dado el evento -las condiciones sine quae non- son causa del mismo; y todas son equivalentes, pues la falta de cualquiera de ellas habría hecho inexistente el evento”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* p. 286.

3.5.3.2. TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA O DE LA ADECUACIÓN

Conforme a esta teoría “causa es, en sentido jurídico, únicamente la condición típicamente adecuada”²²². Esta teoría, desarrollada en 1888 no por un jurista sino por un filósofo, J. Von Kries, parte de una observación empírica; se trata de saber qué causas *normalmente* producen un tal resultado. De esta manera, frente a un daño se trata de saber cuál es la causa, dentro de la universalidad de causas que encarna cada situación, que conduce usualmente al resultado dañino (...). Por consiguiente, no todas las causas que necesariamente conducen a la producción de un daño pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño: no todas las causas obligan a su autor a participar como responsable en la reparación del daño. Desde el punto de vista de la responsabilidad, se requiere que la causa sea adecuada, es decir que sea idónea”²²³.

Que una causa sea idónea o típicamente adecuada, conforme a esta teoría, significa que esa causa *normalmente* será capaz de producir el resultado; produce normalmente el resultado cuando conforme a la experiencia cotidiana o el curso normal y ordinario de las cosas, a una acción determinada corresponde determinado resultado; a determinada causa corresponde determinado efecto. Si concurrieran diversas causas a la producción del resultado, la causa jurídicamente relevante será la más adecuada o más idónea, las demás se consideran únicamente como condiciones²²⁴ o factores concurrentes pero no causas propiamente dichas.

Modernamente se dice que “... *hay causalidad adecuada entre un acto o actividad y un daño. Cuando concluimos sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá*”²²⁵.

En Derecho Penal esta teoría ha sido desarrollada con criterios más concretos y se dice que para que determinada condición sea considerada causa en sentido jurídico,

²²² WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 57.

²²³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* pp. 288 y 289.

²²⁴ “La condición, que si bien, no lo produce por sí, de alguna manera permite o descarta un obstáculo”. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “*Derecho de la Responsabilidad Civil*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 116.

²²⁵ CALABRESI, en cita de Espinoza Espinoza: *Ob. Cit.* p. 122.

debe ser adecuada para producir el resultado; y “... una acción será adecuada para producir el resultado cuando una persona normal colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente. Pero *previsible objetivamente* lo es casi todo. Por eso la teoría de la causación adecuada recurre a otro criterio limitador de la causalidad, el de la *diligencia debida*, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible el resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno. Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente los dos *criterios selectivos* que sirven para precisar cuando una acción es adecuada para producir el resultado”²²⁶.

Estos criterios de determinación de la causa adecuada, si bien es cierto que definen a esta teoría, en derecho penal han sido complementados y muchas veces reemplazados por criterios normativos, que han dado origen a la *Teoría de la Relevancia Jurídica* y también a la *Teoría de la Imputación Objetiva*.

A su vez, esta teoría de la causa adecuada -esencialmente en el ámbito civil-, admite dos variantes, una subjetiva y otra objetiva. La primera toma en consideración lo que el propio sujeto o agente de la acción causante del daño, puede prever como resultado de su acción, es decir toma en cuenta la idoneidad conforme al juicio o criterio del propio agente del daño. En cambio la segunda -variante objetiva- toma en consideración lo que un hombre razonable -o el buen padre de familia del derecho romano- puede juzgar en abstracto como resultado de una acción o efecto de una causa. Para esta última no interesa que el agente de la conducta considere o no que su acción puede ocasionar determinado resultado, o que haya o no previsto la posible producción del mismo, lo único que interesa es la referencia al prototipo u ‘hombre razonable’. Si para este ‘hombre razonable’, esa causa es idónea para producir determinado resultado, se tendrá como su causante al agente de la acción en referencia. En este orden de ideas, refiere BUSTAMANTE ALCINA que “... para entender cuál es la causa del daño, es necesario formar un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular y normalmente el resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función a lo que un hombre de

²²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “*Derecho Penal Parte General*”. Tirant lo Blanch, 2da. Edición, Valencia, 1996, p. 244.

mentalidad normal, juzgada en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto”²²⁷.

Esta teoría de la causa adecuada es la seguida en los distintos ordenamientos civiles comparados, y también en la ciencia penal tiene prestigiosos partidarios²²⁸, y en nuestro Código Civil específicamente se consagra en el artículo 1985°, tal como refiere De Trazegnies Granda²²⁹. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, como refiere este autor, que “... esa teoría -como toda teoría- es un modelo conceptual dinámico, que tiende a irse transformando con el transcurso del tiempo en razón a las nuevas situaciones a las que se enfrenta o a las nuevas reflexiones que inciden sobre ella. Por consiguiente, aun cuando el Código se ha colocado legislativamente dentro de una determinada tendencia doctrinaria, ello no clausura herméticamente la discusión ni impide que se produzca una evolución conceptual movida por la doctrina o la jurisprudencia”²³⁰.

3.5.3.3. OTRAS TEORÍAS

Finalmente, es necesario precisar, que estas teorías relativas a la relación de causalidad operantes en la responsabilidad civil (algunas de ellas también en la responsabilidad penal), actúan *ex post*; es decir, luego de que los daños o las lesiones a los bienes jurídicos ya se han producido, por lo que actúan únicamente con la finalidad de buscar la reparación o indemnización de los daños ocasionados, y cuando se trata del ámbito penal, para imponer la sanción penal correspondiente. Sin embargo, con la proliferación de las más variadas actividades riesgosas y peligrosas propias del avance de la postmodernidad, actualmente se presentan lesiones a los bienes jurídicos en las cuales no se puede determinar con exactitud o por lo menos con facilidad, cuál es la conducta dañosa, a la vez que tampoco se puede determinar la relación de causalidad entre la acción y el resultado –daño-, y tampoco resulta posible la acreditación de la entidad del daño así como su magnitud. Estos supuestos se presentan fundamentalmente en los casos en que se afectan bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente o un gran número de bienes jurídicos individuales como la salud de las personas por ejemplo (daños causados por productos defectuosos); y son estos casos, en

²²⁷ BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: Ob. Cit. p. 224.

²²⁸ WESSELS, Johannes: Ob. Cit. p.57.

²²⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. p. 293.

²³⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. p. 293

los que no se puede operar con las teorías de causalidad anotadas, porque en estos actos los daños efectivos suelen presentarse o concretarse luego de un largo período de tiempo desde la realización de la actividad causante del daño, y generalmente luego de estos largos períodos, las pruebas con las cuales se pudo haber acreditado la relación de causalidad, ya han desaparecido.

Además, estas actividades son realizadas generalmente por personas jurídica o empresas, que cuando se presente el daño a lo mejor ya ni siquiera existen o en todo caso los responsables directos de las actividades ya no pertenecen a la empresa. Por estas razones, en estos supuestos, acreditar la relación de causalidad resulta imposible o, en todo caso, demasiado oneroso. Ante esta dificultad, la dogmática civil influenciada por la nueva ciencia del *Análisis Económico del Derecho*, viene ideando nuevas formas de determinación de la relación de causalidad y de la propia determinación de los daños. En este contexto, se habla de la *Relación de Causalidad Probabilística*, la que permite operar la responsabilidad *ex ante* y no *ex post* como la responsabilidad tradicional; es decir, apreciar la relación de causalidad y el propio daño, antes que éste se produzca. Claro que para que esto funcione, se tiene que elaborar y diseñar todo un conjunto de categorías que hagan viable esta inquietud²³¹. En este sentido Alfredo BULLARD refiere que: “La única manera de evitar estos problemas es internalizando los costos antes que el transcurso del tiempo haga difícil su internalización efectiva. Pero si el daño recién se va a producir luego de un largo período de tiempo, la única manera de lograr esto es cambiando nuestra idea de daño y de causalidad. En lugar de tener un sistema de reparación que entra en operación *ex post al daño*, se debe recurrir a un análisis *ex ante*. Pero con un análisis *ex ante* es imposible identificar la causa específica de un daño determinado que aún no se ha producido en una víctima concreta, y que incluso podría jamás suceder. Por ello, la teoría de la causalidad probabilística pretende darnos elementos que nos permitan realizar un análisis *ex ante* al daño para determinar

²³¹ En Estados Unidos de América, viene funcionando estos criterios, siendo aplicados por las cortes para determinar el resarcimiento de ciertos daños como los anotados, tales son las sentencias que desde muy antiguo se vienen dictando por las referidas Cortes, como el conocido caso *Sindell Vs. Abbott Laboratories*, seguido ante la Corte Suprema de California, por el que se condenó a diversos laboratorios a indemnizar a determinadas víctimas, a pesar de que no se había acreditado si realmente fueron o no los causantes del daño (vendida la medicina que lo causó), pero se tomó como referente para acreditar la relación de causalidad, el nivel de su presencia en el mercado; su cuota de mercado (*Market share liability*). WOOLCOTT OYAGUE, Olenka; BULLARD GONZALEZ y CALABRESI en cita de ESPINOZA ESPINOZA: *Ob. Cit.* p. 126 y ss.

la responsabilidad”²³². Con esta nueva teoría, se puede hacer una aproximación del daño aun antes de que éste se haya producido, pero se tiene la certeza de que se va a producir. Sin embargo, en este caso, la dificultad se traslada a determinar quién o quiénes van a ser los perjudicados directamente, y ante esta dificultad, se legitima para ejercitar la pretensión indemnizatoria a *todas las víctimas en potencia*.

3.5.4. FACTORES O CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL (*Imputación Civil*)

Determinados el hecho causante del daño, el daño y la relación de causalidad existente entre ambos, aún no tenemos los elementos necesarios para establecer la responsabilidad del agente del hecho causante; pues como hemos dicho, en principio, el que sufre el daño es el titular del bien jurídico afectado, es decir la víctima o agraviado; y considerar a alguien como responsable, significa que vamos a trasladar el peso del daño a este responsable, liberando del mismo a la víctima; de este modo surgirá a cargo del responsable, la obligación de resarcir o reparar el daño. Pero para que se pueda trasladar el peso del daño al responsable, tiene que existir una *buena razón* en virtud de la cual resulte justo y razonable que el responsable asuma el costo del daño²³³. Pues, “... obligar a una persona a cubrir los daños de un accidente equivale a convertirlo en víctima; y si las víctimas son tratadas con simpatía por el derecho civil, no podemos aumentar el número de ellas creando, paralelamente a la víctima directa o física, otra víctima de carácter económico. De ahí que el Derecho haya explorado ciertos *principios* que permitan justificar la transferencia del peso económico del daño”²³⁴. Estos principios a los que hace referencia el citado autor, son los llamados *factores de atribución o criterios de imputación de responsabilidad civil*.

²³² BULLARD GONZALES, Alfredo: “*Estudios de Análisis Económico del Derecho*”. Ara Editores, Lima, 1996. p. 114 y 115. “Para lograr su objetivo esta teoría considera el daño como el incremento estadístico de las probabilidades de sufrir un daño cierto por el desarrollo de una determinada actividad. Por ello quizá se pueda decir que lo que realmente cambia no es la idea de la causalidad como la propia idea del daño, en este sentido podríamos hablar de “daño probabilístico”. BULLARD GONZALES. *Ob. Cit.* p. 115.

²³³ “... quien pretende de otro una reparación por los daños que éste la haya causado, debe fundamentar su pretensión en una razón suficiente que lo legitime para ello, pues de otra manera su reclamación sería arbitraria y resultaría indigna de protección jurídica”. REGLERO CAMPOS Fernando: *Tratado de responsabilidad Civil*. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 46.

²³⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* 44.

Estos criterios o factores de atribución de responsabilidad, a lo largo de la historia de la responsabilidad civil han ido variando constantemente, inicialmente se consideró como único factor de atribución a la **culpa**, incluyendo dentro de su ámbito al **dolo**; luego se ha considerado al **riesgo creado**, y dentro de éste al criterio de beneficio; después se ha evolucionado hacia la comprensión como factor de atribución de responsabilidad a la **garantía de resarcimiento o indemnización**; habiendo pasado por considerar a la **equidad**, así como la **solidaridad**. Es en este sentido que se han considerado como factores de atribución únicamente a los factores subjetivos como el dolo y la culpa en un comienzo, y luego con el avance de la modernidad se ha evolucionado hacia factores objetivos; como veremos a continuación.

3.5.4.1. FACTORES SUBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Dentro de éstos se considera el dolo y la culpa, los que están referidos a consideraciones de orden interna del causante del daño; es decir referidos a la intencionalidad y a la capacidad del agente, como veremos seguidamente. En nuestro ordenamiento civil estos factores de atribución de responsabilidad están previstos en el artículo 1969 del Código Civil, es decir dentro de la responsabilidad extracontractual; pero además también están previstos en los artículos correspondientes a la inejecución de obligaciones -por culpa o por dolo-; y también el dolo está previsto como vicio de la voluntad en el capítulo relativo al acto jurídico.

a) **La Culpa.**

El ordenamiento jurídico (y el propio orden social), al establecer la protección jurídica de los bienes, crea la obligación para todos los individuos de conducirse respetando dichos bienes; con esta obligación de respeto, crea el llamado **deber de cuidado** a cargo de todos los miembros de la sociedad. Es este deber de cuidado el que impone a todos los individuos la obligación de no causar daño a nadie. Este deber, puede estar previsto en una ley -por ejemplo el Código de Tránsito-, en reglamentos administrativos u otras normas, así como también puede provenir de los usos y costumbres propios de la convivencia social. Una persona observará el cumplimiento de este deber de cuidado, cuando adapta su conducta a la prudencia, la diligencia debida y la pericia correspondiente en caso de profesionales, técnicos o especialistas; de cumplir los sujetos con la observancia de este deber de cuidado, no serán afectados los

bienes jurídicos. Pero si la persona actúa imprudentemente, sin la debida diligencia o sin la pericia del caso (cuando está obligada a observarla) y como consecuencia de su obrar resultan daños para los bienes de terceros, se dirá que ha obrado *culpablemente o con culpa*^{235, 236}.

Sin embargo, para que se pueda imputar culpa a un sujeto, es necesario que éste, al momento de actuar, se encuentre en la situación de actuar conforme a derecho, es decir que esté en la posibilidad de actuar observando la prudencia, diligencia y pericia debidas; porque si por alguna razón no se encontrara en esta situación, el ordenamiento no podrá atribuirle una conducta culpable y en consecuencia tampoco podrá imputarle responsabilidad por la lesión del bien jurídico, o por lo menos, no podrá imputarle responsabilidad basada en la culpa.

Asimismo, teniendo en consideración que las relaciones intersubjetivas se desarrollan entre personas libres y racionales, para la atribución de culpa, tiene particular importancia la *voluntad* y el *discernimiento*; porque si bien es cierto, para atribuir culpa no es necesario que el sujeto haya orientado su voluntad en torno a la afectación del bien jurídico, también lo es que el sujeto decidió actuar sin tomar las

²³⁵ Si un actuar humano no causa daño o perjuicio -en el ámbito de la responsabilidad- no tiene trascendencia alguna para el derecho o para la responsabilidad civil; , igualmente si concurre la culpa en un acto que no causa daño, la culpa no tiene trascendencia jurídica.

(Salvo los casos de peligros o riesgos creados, en que pese a no causar daño, el ordenamiento jurídico puede aprestar su protección para evitar la concreción del daño, a través de medidas cautelares y otro tipo de defensas personales. Al respecto ver: BUERES, Albert J.: *Ob. Cit.* p. 291. y ACUÑA ANZORENA, Arturo: *“Estudios sobre la Responsabilidad Civil”*. Editora Platense, La Plata, 1963, p. 13.

En las definiciones clásicas de la culpa se han referido a ésta como la infracción de una obligación preexistente con lo que tácitamente estaban refiriéndose a la infracción del deber de cuidado. PLANIOL, citado por los hermanos MAZEAUD, *Ob. Cit.* p. 170

²³⁶ En el derecho penal, sobre todo en la doctrina alemana, se identifica a la culpa como imprudencia y se dice que: *“Imprudentemente actúa, quien realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía o considerándolo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se produciría. La imprudencia no es, pues, una forma menos grave del dolo, sino algo distinto del dolo”*. JESCHECK, Hans H. *Ob. Cit.* p. 776.

“La doctrina española sobre la imprudencia divide sus posiciones en torno, fundamentalmente, a su actitud frente a la alternativa de sistemática causalista o sistemática finalista. El sector **tradicional, causalista**, concibe la imprudencia (o “culpa”...) como segunda forma de culpabilidad, junto al dolo. Sin embargo no han podido dejar de acusar su influjo las modernas corrientes y los causalistas ya no pretenden concebir a la culpa en un sentido puramente psicológico, sino también en el sentido normativo de omisión de la diligencia debida. Pero situada la imprudencia en la culpabilidad, a efectos sistemáticos no distingue este sector doctrinal entre el deber de cuidado objetivo y subjetivo, sino que contempla ambos aspectos de manera unitaria. Mas es creciente la importancia de quienes, acogiendo la **sistemática finalista**, conciben la imprudencia como determinante de una clase de tipo de injusto. Se distingue, desde esta óptica, entre deber objetivo (injusto) y deber subjetivo (culpabilidad) de cuidado ...”. MIR PUIG, Santiago: Adiciones del Derecho Español, en la Traducción del *“Tratado de Derecho Penal”* de JESCHECK, Has. H.: *Ob. Cit.* p. 790.

precauciones debidas. En este sentido DE TRAZEGNIES refiere, “... cuando miramos en derredor desde la perspectiva de la víctima que busca satisfacción, al primero que encontramos es al causante del daño; y si este causante no obró con la diligencia adecuada, el perjuicio económico debe trasladársele porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente. El causante ‘decidió’ no tomar las precauciones debidas (es decir, pudo hacerlo y no lo hizo); y, como consecuencia de esta imprudencia o negligencia, debe asumir los efectos nocivos que se deriven de esa conducta. Hay un acento en el rol de la voluntad y de la libertad individual, que se manifiesta aún a través de la negligencia”²³⁷. En cuanto al discernimiento, para que se diga que el sujeto ha infringido el deber de cuidado, de prudencia o de diligencia, éste tiene que estar en capacidad de discriminar o diferenciar un hecho dañoso de uno inocuo o inofensivo para los bienes jurídicos, y sólo después de este discernimiento se le podrá atribuir culpa por no haberse motivado conforme a este discernimiento y discriminando la conducta dañosa. Entonces, será por la falta de discernimiento, que al *infans* o al ‘loco’ no se le puede atribuir culpa -como fundamento de su responsabilidad-; como refieren los hermanos MAZEAUD, “... los Tribunales han consagrado que *la responsabilidad civil supone discernimiento*”²³⁸. Sin embargo, debe considerarse esta aseveración únicamente para atribuir responsabilidad mediando culpa²³⁹, pues actualmente se puede imputar responsabilidad, en determinados casos, teniendo como fundamento factores de atribución distintos a la culpa, tal es el caso de la atribución de responsabilidad por *equidad* por ejemplo.

²³⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. p. 44.

²³⁸ MAZEAUD, Henri, Jean y León: “*Lecciones de Derecho Civil*”. Capítulo: La Noción de Culpa. En Materiales de la Academia de la Magistratura. Módulo Derecho Civil y Procesal Civil, 1998, p. 171.

²³⁹ En derecho penal y conforme a la teoría finalista de la acción y del delito, se diferencia la *culpa* como componente del tipo subjetivo en los supuestos de delitos culposos, donde se considera a la infracción del deber de cuidado que el ordenamiento jurídico impone a todos los miembros de la sociedad, buscando de este modo proteger los bienes jurídicos, y la *culpa o culpabilidad* como nivel de análisis de la propia teoría del delito, donde se concibe como culpa, al juicio de reproche que el ordenamiento jurídico levanta en contra del autor de la conducta típica y antijurídica -autor del injusto penal- por no haber obrado conforme lo manda la norma; es decir, por no haberse motivado en la norma penal. En este último caso, integran la *culpabilidad*: la imputabilidad -capacidad de discernimiento-, el conocimiento de la prohibición -su desconocimiento genera el error de prohibición- y la exigibilidad -donde se ubica la posibilidad de actuar de otra manera, es decir, sin causar lesión o generar un peligro para el bien jurídico-. En derecho civil, como quiera que la *culpa* es considerada como factor de atribución de responsabilidad, y para la atribución de responsabilidad no es necesario la atribución de una conducta típica penalmente, se analiza la culpa de manera integral y conjuntamente, considerándose a la vez, y dentro del mismo nivel de análisis, la imputabilidad, el conocimiento del deber de cuidado, la licitud de la conducta, la infracción al deber de cuidado, la exigibilidad y en general la propia capacidad natural de la persona.

Por otro lado, si el obrar culposo consiste en infringir el deber de cuidado, de prudencia o diligencia debida, es necesario establecer cuándo se produce esta infracción, y de qué manera podemos determinar (acreditar) su existencia; porque conforme al caso y a la persona involucrada, se pueden admitir variantes. Para ello, en un primer momento, se tomó como referente la propia capacidad del agente -o sujeto activo del daño-, hurgándose en su interioridad o subjetividad para establecer si al momento de la realización del hecho se encontraba o no en capacidad de obrar evitando producir el daño, y si se establecía que efectivamente el sujeto ostentaba tal capacidad, se le atribuía culpa y consecuentemente responsabilidad por el daño; esta forma de establecer la culpa, es la llamada ***culpa subjetiva***. Sin embargo, en la práctica, y sobre todo en los procesos judiciales resultaba prácticamente imposible determinar la capacidad del agente al momento del hecho, precisamente por la subjetividad de su apreciación, lo que llevó a absolver a los inculpatos en la mayoría de los casos y consecuentemente a la ineficacia de la responsabilidad civil al no resolver los problemas generados por la causación de los daños.

Ante esta situación, se buscó un referente objetivo con el cual comparar la actuación del agente. Este referente objetivo, es lo que conocemos como el *buen padre de familia* del derecho romano o el *hombre razonable* del common law. Este buen padre de familia u hombre razonable, es el estándar o patrón de comparación de la conducta del agente del daño. Si de la comparación resultara que la conducta del causante inculpatado, está por debajo de la conducta que hubiera observado en las mismas circunstancias de lugar, tiempo y modo el hombre razonable, se dirá que el sujeto actuó con culpa, y consecuentemente, se le atribuirá responsabilidad civil, y por tanto deberá resarcir el daño, y si de la comparación resultara que el causante actuó de la misma manera que hubiera actuado el hombre razonable u observando mayor cuidado que éste, no habrá incurrido en culpa alguna. Esta forma de apreciar la culpa es lo que devino en llamarse ***culpa objetiva***.

Como podrá advertirse, con la apreciación objetiva de la culpa, ya resultaba más fácil acreditarla en los procesos judiciales y de este modo se pudo amparar mejor el resarcimiento de los daños. No obstante, a pesar de dicha apreciación objetiva, en muchos casos el agente del daño alegaba que su conducta había sido conforme a la que habría observado el *hombre razonable*, y otra vez se trasladaba la discusión a acreditar

este extremo, generándose un problema parecido al que generó la culpa subjetiva. Ante esta situación, en los casos especialmente complicados, se procedió a la llamada ***inversión de la carga de la prueba de la culpa***; en tal virtud, al presentarse el hecho causante del daño, el daño y la relación de causalidad entre ambos, se presumía que el agente obró culposamente, estableciéndose una *presunción juris tantum* de culpa en su contra, consecuentemente se le presumía responsable del daño, y sólo se podía librar acreditando la falta de culpa en su actuar²⁴⁰. Esto se hizo sobre todo para la determinación de la culpa en las obligaciones de ***resultado*** (o determinadas) dejando la prueba de la culpa a cargo del perjudicado, en las obligaciones de ***diligencia*** (o de medios)²⁴¹.

Pero, incluso esta inversión de la carga de la prueba no resultó eficaz para lograr una efectiva reparación de los daños, por lo que la *culpa, que en su momento se erigió en el único fundamento o factor de atribución de responsabilidad* (llegando a identificarse responsabilidad con culpa), entró en crisis, y se replantearon los fundamentos de la responsabilidad, optándose por considerar nuevos factores de atribución, más objetivos y eficientes, como veremos más adelante.

Sin embargo, es necesario precisar que, si bien es cierto la culpa ha cedido su importancia a otros factores de atribución, sigue siendo uno de los fundamentos más importantes respecto a la imputación de responsabilidad civil y penal, tanto que incluso hasta la fecha se habla de sus variantes relativas a la ***culpa in eligendo***, relativa a la

²⁴⁰ “En cuanto a la carga de la prueba de la culpa, ya no se sigue aplicando con el mismo rigor el principio de que ella corresponde siempre al actor. Hoy se aplica el principio procesal de la ***carga dinámica*** de la prueba, conforme con la cual ella corresponde a quien se encuentra en mejores condiciones para probarla”. BORDA, Guillermo A.: ***Proyección actual de la ley 17.711 en materia de responsabilidad civil***. En: Libro Homenaje al Profesor Atilio Aníbal ALTERINI. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 30.

²⁴¹ Aun cuando los conceptos de obligaciones de resultado y obligaciones de medios o de diligencia han sido elaborados fundamentalmente para la responsabilidad contractual, también para el caso de la responsabilidad extracontractual, y por tanto para la responsabilidad civil proveniente del delito, operan estos conceptos en relación a la carga de la prueba de la culpa. Así, los MAZEAUD sostienen que, “La regla es la misma para ambas órdenes de responsabilidades. La diferencia se halla entre las obligaciones determinadas (o de resultado), de una parte, y, de otra, las obligaciones generales de prudencia y diligencia (de medios): La Víctima del daño tiene siempre la carga de la prueba de la culpa. Esa culpa consiste en el incumplimiento de una obligación (legal o contractual) la víctima debe probar, pues, además de la existencia de la obligación y de su contenido exacto, su incumplimiento (...). Cuando la obligación es de prudencia o diligencia, para demostrar el incumplimiento hace falta que la víctima establezca una imprudencia o negligencia. En algunas oportunidades se contenta aquélla con probar que el daño no puede explicarse sino por la culpa del demandado. Los tribunales admiten a veces esa prueba negativa de una “culpa virtual” (...). Cuando la obligación es determinada, es suficiente que no se haya logrado el resultado que debía alcanzarse; por presumir la ley que, cuando no lo haya sido, es por el hecho del deudor, incumbe a éste probar una causa ajena; por ejemplo un caso de fuerza mayor. MAZEAUD, Henri, Jean y León : Ob. Cit. pags. 182 y 183.

culpa en que habría incurrido un empleador o principal al elegir el personal con quien celebra contrato de trabajo o de servicio; *culpa in vigilando*, relativa a la culpa en que habría incurrido una persona o una empresa en la supervisión del personal a su cargo; *culpa in inspiciendo*, respecto a la culpa en el control o inspección del personal a cargo del inculpatado; *culpa in instruendo*, respecto a la supuesta culpa en las instrucciones que un director o superior puede impartir a sus subordinados, etc.²⁴².

Finalmente, también es necesario referir que la culpa concurrente en la producción del daño, tiene relevancia no sólo cuando el que incurre en ésta es del agente del daño, sino también cuando el actuar culposo puede ser imputado al propio titular del bien jurídico afectado, en este caso tiene efectos jurídicos concretos al momento de la determinación de los daños resarcibles; pues, como nuestro Código Civil lo establece en su artículo 1972°, no son resarcibles los daños provenientes de la propia imprudencia de quien padece el daño. Y aun cuando no se ha determinado si en este caso opera una fractura de la relación causal o una causal de justificación -denegatoria de la antijuricidad del daño-, lo importante, es que tiene efecto directo sobre la magnitud del daño indemnizable. La doctrina es unánime respecto a este punto, aun cuando no para todos los tipos de daños y del factor de atribución de responsabilidad²⁴³.

b) El Dolo

Es el otro factor subjetivo de atribución de responsabilidad, consiste en la conciencia y voluntad de causar el daño²⁴⁴. No es suficiente con que se haya previsto la posibilidad del daño, hace falta que haya querido su realización. Se dice que al querer la realización del daño, el sujeto actúa preordenando sus actos (el hecho dañoso) en función al efecto que pretende alcanzar (el resultado dañoso)²⁴⁵. El acto doloso en la

²⁴² ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *“La responsabilidad Civil del Empresario por los Daños causados por su Dependiente”*. Aranzadi, Pamplona, 1995. p.34.

²⁴³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: Ob. Cit. p. 29.

²⁴⁴ MAZEAUD, Henri, Jean y León: Ob. cit. p. 174.

²⁴⁵ Debe tenerse presente que en el Derecho penal, criterio que consideramos puede aplicarse también al ámbito civil, se vienen desarrollando criterios a través de los cuales en la definición y contenido del dolo ya no se considera la voluntad, bastando para definirlo el elemento cognitivo (conocimiento) respecto a la naturaleza de la acción dañosa así como de las consecuencias que ésta podría generar. Se abona pues, por un concepto monista del dolo. Al respecto ver por todos, RAGÜÉS i VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*. J. M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 49 y ss. Asimismo, el recurso a las ciencias empíricas y la prueba indiciaria para la prueba de la existencia del dolo. A la vez que el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo. El mismo autor. *Ob. Cit.* pp. 213 y ss, 323 y ss.

esfera civil genera la obligación de resarcimiento a cargo del autor del hecho dañoso, conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual; pero además, y generalmente este hecho dañoso (doloso) es constitutivo de delito, por lo que añade la responsabilidad penal del agente del daño.

Para imputar la comisión de un acto doloso, se tiene que probar la existencia del dolo, la norma o el ordenamiento jurídico nunca lo presume, ni invierte la carga de la prueba del mismo en contra o a cargo de la persona a quien se le imputa el actuar doloso, como puede suceder en ciertos casos de presunción de culpa leve, o de inversión de la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de resultado. Es por eso que al igual que la culpa, en tanto factor subjetivo, resulta de difícil probanza, por lo que para acreditar su existencia, únicamente se puede apelar a la conducta o actitud asumida por el agente antes, coetáneamente o después de realizar el hecho imputado, al igual que se hace en la doctrina penal para determinar la intencionalidad del agente; esto es, se tendrá en cuenta la forma como se ocasionó la lesión al bien jurídico, las frases proferidas y cualquier otro elemento que nos pudiera servir para presumir la intencionalidad del agente.

Actualmente, no existe problema alguno para considerar al dolo como factor de atribución dentro de la responsabilidad civil extracontractual, porque el artículo 1969° del Código Civil así lo establece expresamente; el problema se había generado con el Código Civil derogado, el mismo que en su artículo 1136°, -relativo a los factores subjetivos de responsabilidad- no consideraba en forma expresa al dolo; lo que motivó que los Tribunales Civiles, no amparasen la interposición de una acción resarcitoria en la vía civil, cuando el hecho doloso, además de ocasionar daño resarcible configuraba delito; lo que motivó que los Tribunales resolvieran que en estos casos la única autoridad jurisdiccional competente para su conocimiento era el Juez Penal, en el correspondiente proceso penal²⁴⁶. Desde luego que esta interpretación del artículo

²⁴⁶ “La ejecutoria del 15 de mayo de 1978 que declara “que la responsabilidad extracontractual tiene por objeto procurarse la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por descuido, negligencia o imprudencia, que para el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima de un delito, existe el instituto de la reparación civil que debe perseguirse en la vía respectiva y sólo respecto al delito por negligencia, al agraviado corresponde el derecho de decidir si la reclama dentro del proceso penal, constituyéndose en parte civil, o en acción aparte; que tratándose de daño material o moral ocasionado por un acto voluntario o doloso (...) cuyo juzgamiento corresponde al fuero penal, sólo cabe perseguirse el pago de la reparación civil conjuntamente con la pena en el respectivo juicio penal. En el mismo sentido la ejecutoria del 12 de setiembre de 1978 declara que “la vía civil no es competente para obtener resarcimiento del daño causado por el delito doloso, sino únicamente y como

1136° del Código Civil derogado, hecha por los Tribunales era errónea, por cuanto como hemos visto, la acción resarcitoria y la acción penal tienen sus propios mecanismos de operabilidad y su ámbito de autonomía; y aun cuando el hecho configurase delito, sea por tratarse de un actuar doloso o de un actuar culposo, igualmente surge la pretensión del agraviado de solicitar la reparación del daño ocasionado; y si no se amparaba la pretensión particular de la víctima en el proceso penal, no existía ningún impedimento para que ésta actúe en la vía civil, claro que ello era posible, en la medida en que no hubiese existido pronunciamiento respecto a este punto en el proceso penal, de lo contrario resultaba amparable la excepción de cosa juzgada.

Finalmente, es de precisar que tanto la culpa como el dolo, fundamentan la responsabilidad del agente del daño, y la consecuente obligación resarcitoria, por lo que en la responsabilidad civil extracontractual (y por tanto la proveniente de una conducta constitutiva de delito), para efectos resarcitorios no interesa diferenciar los grados de la culpa o del dolo; pues si se trata de una conducta dolosa o una culposa, la reparación será la misma²⁴⁷, independientemente, por su puesto, de la responsabilidad penal a que hubiera lugar si se tratara de un delito. Por eso es que resulta irrelevante, en este contexto, entrar en las disquisiciones sobre la diferenciación de los grados de la culpa, de las formas del dolo o la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente o con representación²⁴⁸.

excepción, de aquellos derivados de las infracciones por negligencia. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* pp. 126 y 127. Citando la Revista de Jurisprudencia Peruana, de junio, octubre y diciembre de 1978.

²⁴⁷ En el ámbito civil, específicamente en relación a la inejecución de obligaciones, el dolo al igual que la culpa inexcusable, extiende la reparación del daño inclusive a los daños no previstos, lo que no sucede con la culpa leve, que es la que se presume en los casos de incumplimiento de una obligación, el dolo y la culpa inexcusable tendrán que ser probados por quien alega su existencia. ARTICULOS 1321, 1329 y 1330 del Código civil.

²⁴⁸ En doctrina se diferencia entre *culpa inexcusable*, que es la culpa grave en grado supremo; *culpa grave*, en la que el sujeto actúa con alto grado de imprudencia o negligencia; *culpa lata*, que es la culpa en grado medio; y *culpa leve*, que es la culpa en grado mínimo. La reprochabilidad de la conducta opera conforme al mayor grado de la misma. Asimismo, en cualquier caso de culpa se presume que se trata de culpa leve -sobretudo en la responsabilidad contractual, art. 1329 del Código civil-, los otros tipos de culpa tendrán que acreditarse. Claro que se podrá presumir la culpa leve en las obligaciones de resultado, más no así en las obligaciones de medios o de diligencia.

Desde otra perspectiva, también se diferencia a la *culpa inconsciente o sin representación*, cuando el sujeto actúa sin haberse representado las consecuencias o resultado de su acción; y *culpa consciente o con representación*, cuando el sujeto antes de actuar se representa mentalmente, las consecuencias o resultado de su acción, pero realiza la acción confiando en que el resultado dañoso no se realizará.

Igualmente, también el dolo admite grados, como el *dolo directo de primer grado*, que se presenta cuando el agente quiere directamente el resultado. *Dolo directo de segundo grado*, que se presenta cuando el autor no quiere concretamente el resultado o consecuencias que va a producir su acto, pero lo admite como necesariamente unido al resultado principal que va a producir -resultado directo-, ejm.: el agente, para matar a

c) “*Dolo Civil*” y “*Dolo Penal*”

Creemos necesario referirnos a la diferenciación entre lo que nuestros operadores jurídicos han dado en llamar “*Dolo Civil*” y “*Dolo Penal*”. Al respecto debemos indicar que se han hecho grandes esfuerzos por precisar esta diferenciación, tanto desde el ámbito del derecho penal así como desde el ámbito del derecho civil, no habiéndose llegado a definir el asunto, ya que en líneas generales, ‘los penalistas’, luego de estudiar detalladamente al dolo en la teoría del delito y determinar su naturaleza y función dentro de la estructura del delito, concluyen, que se trata del elemento subjetivo de la tipicidad de la conducta delictiva; pero al abordar el dolo y sus consecuencias en el ámbito del Derecho civil, sin llegar a pronunciarse sobre su naturaleza y función, concluyen que se trata del ‘dolo de naturaleza civil’ el cual es distinto del dolo de naturaleza penal; y con esta conclusión se da por agotado el tema. Por su parte, los ‘civilistas’ al estudiar el dolo encuentran que su relevancia y consecuencias en el Derecho civil se aprecia cuando se presenta como vicio de la voluntad en los actos jurídicos, cuando aparece como causal de inejecución de las obligaciones, y fundamentalmente cuando está presente en la cuasación del daño, en la responsabilidad extracontractual; en todos estos casos, la principal consecuencia jurídica del dolo o actuar doloso, deviene en la indemnización de los daños y perjuicios causados a terceros (sea este daño en la órbita de la responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual). Pero igualmente, cuando estos “civilistas” abordan el dolo de “naturaleza penal” (de idéntico modo a los ‘penalistas’ cuando abordan el ‘dolo civil’) concluyen que este “dolo penal” es de naturaleza distinta a la del “dolo de naturaleza civil”, e igualmente dan por agotado el tema. Consecuentemente, si bien es cierto que, hay acuerdo en que existe un “dolo civil” y un “dolo penal” de naturaleza distinta, no se ha establecido cuáles son las características o elementos por las cuales ambos se diferencian; pues cada especialista aborda el tema desde su propia perspectiva, obviando la posición de los otros. Es así como se llegó a hablar de “dolo civil” y “dolo penal” como dos entidades o categorías distintas.

“B” hace explotar con dinamita el automóvil donde viajan “A” y “B”, en este caso habrá dolo directo de primer grado en la muerte de “B”, y dolo directo de segundo grado en la muerte de “A”. Finalmente, se considera el *dolo eventual*, que se presente cuando el sujeto se representa el resultado como probable consecuencia de su acto, resultado de probable producción, y aunque no quiere producirlo, sigue actuando admitiendo su eventual realización, lo que implica que acepta el resultado; es el típico “qué me importa” si se produce o no el resultado; constituye la frontera entre el dolo y la imprudencia, sobre todo en los casos de culpa con representación.

Por nuestra parte, analizando desde una perspectiva sistemática e integral, podemos llegar a la conclusión de que el dolo en todo el ordenamiento jurídico (comprendiendo dentro de éste, tanto al derecho civil así como al derecho penal y demás ramas del derecho), tiene la misma naturaleza o entidad; es decir que el dolo en el ordenamiento jurídico es *único*, no existiendo razón alguna para hablar de “dolo civil” o de “dolo penal”, existiendo únicamente pequeñas diferencias en cuanto a la forma como debe acreditarse en cada uno de estos procesos, dados los distintos principios que informan al proceso penal²⁴⁹ y al proceso civil²⁵⁰. Pues el dolo siempre estará determinado por el conocimiento y la voluntad de ocasionar el daño, o lo que es lo mismo, realizar la conducta intencionalmente, claro está, sin perder de vista los criterios monistas de la definición y contenido del dolo, los cuales ya no toman en cuenta el elemento volitivo para su configuración y presencia²⁵¹. Se asume que el agente doloso, conoce todos los elementos objetivos de su acción (sabe lo que está haciendo) así como también conoce las consecuencias de su acto, y además de este conocimiento, desea o quiere realizar el acto y asume sus consecuencias como el efecto de su obrar (acepta el resultado). Esta concepción del dolo es común para todas las ramas del ordenamiento jurídico, *lo que*

²⁴⁹ Como se sabe, el proceso penal queda sujeto al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, el principio de no autoincriminación, el principio de *in dubio pro reo*, *non bis in idem* y presunción de inocencia. Principios que no necesariamente operan para el proceso civil, el que fundamentalmente se orienta por criterios de equidad destinados a obtener una justa y razonable reparación del daño causado.

²⁵⁰ El mismo criterio se maneja para conceptuar la culpa o imprudencia en el Derecho civil y el Derecho Penal, pese a que en este caso, pueden existir diferencias marcadas en su apreciación según se trate de una rama u otra; pues, en el Derecho penal se tiene que acreditar debidamente la culpa (salvo casos límites en que puede operar los criterios de imputación objetiva desarrollados por el Derecho penal), en cambio en el Derecho civil, ante casos de duda respecto a la presencia de la culpa, por estricta conjunción de criterios de equidad, se puede amparar la reparación. Este criterio también se maneja en el Derecho argentino, tal como refiere ZAVALA DE GONZÁLEZ, quien agrega el siguiente fundamento: “La diferencia se explica –insistimos– porque en materia penal se procura no condenar a un inocente, mientras que en sede civil se pretende no dejar sin reparación a la víctima de un daño causado injustamente”. “*Resarcimiento de Daños*”. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 378. Esta misma autora, refiriéndose a la *Unidad* de la culpa ‘civil’ y ‘penal’ manifiesta: “La doctrina mayoritaria descarta la dualidad de la culpa civil y de la penal: *la culpa es una sola y son también comunes las clases de culpa* que se valoran en el Derecho civil y en el penal: negligencia, imprudencia, impericia e incumplimiento de los deberes del arte o profesión. La diferencia entre ambas ramas jurídicas recidirá en la *apreciación* de la culpabilidad, en correlación con la distinta función de la responsabilidad penal (represión de los delitos) y de la responsabilidad por daños (prevención o reparación del perjuicio). *Ob. Cit.* p. 377.

²⁵¹ Estos criterios monistas de la concepción del dolo, se han originado a partir de las dificultades insalvables para la prueba del elemento volitivo, por lo que se prefiere prescindir del mismo, tomando como base únicamente el conocimiento de los elementos y circunstancias del hecho dañoso (acción delictiva) y sus probables consecuencias, conocimiento que debe apreciarse del modo más objetivo posible, inclusive tomándose en cuenta el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo, antes que el aspecto meramente subjetivo referido al aspecto psicológico del sujeto causante del daño. Estas orientaciones cobran fuerza sobre todo si se tiene en cuenta que desde hace mucho tiempo se ha considerado como clases o variantes del dolo, además del dolo directo de primer grado, al dolo directo de segundo grado y al dolo eventual, casos en los cuales no se tiene en cuenta el elemento volitivo para determinar la existencia del dolo en cada caso concreto. Al respecto, amplia información en REGUÉS i VALLÉS, Ramón: *Ob. Cit.* pp. 47 y ss y 323 y ss.

varía, únicamente es el nivel de protección del bien jurídico que el ordenamiento le prodiga; pues, como se viene indicando desde el inicio de este trabajo, el sistema de control constituido por el Derecho, no protege de igual forma a todos los bienes jurídicos, por lo que existe un grupo de bienes que por su trascendencia e interés público en su protección, son tutelados por el sistema penal (lo que determina la responsabilidad penal), y existe asimismo, otro grupo de bienes jurídicos cuyo interés en su protección es particular, cuya protección está a cargo del Derecho privado (a través de la responsabilidad civil); y finalmente, hay otros bienes que son protegidos por el derecho administrativo sancionador o disciplinario, mediante la responsabilidad administrativa. Entonces, ante la afectación o lesión dolosa de estos bienes jurídicos, la reacción del derecho puede darse en el ámbito de la responsabilidad penal, en el ámbito de la responsabilidad civil o en el de la responsabilidad administrativa, pero el dolo siempre será lo mismo (de la misma naturaleza o entidad), variando únicamente, cómo es que puede acreditarse en cada uno de estos ámbitos; pues unos tienen protección penal, (por lo que se hablaba de “dolo penal”), otros tienen protección civil (se hablaba de “dolo civil”), etc., claro que el tratamiento que se le puede dar al dolo según la esfera del derecho en la que opere, puede ser distinta, pero esto será debido a las particularidades propias de cada esfera del Derecho y a la naturaleza del bien jurídico en juego, y no debido a la esencia propia del dolo; pues ésta siempre será la misma.

En este orden de ideas, no existe razón alguna para hablar de “dolo penal” y de “dolo civil” como categorías distintas, debiendo olvidarse esta falsa diferenciación y propenderse al análisis y comprensión sistemáticos e integrales de todas las categorías jurídicas -con las especificidades propias de ciertas instituciones o categorías respecto a las funciones de cada una de las ramas del derecho- evitando la creación de falsas naturalezas jurídicas de las instituciones jurídicas. Pues debemos olvidar la visión de las diversas ramas del Derecho como compartimientos estancos, como habitualmente se hace, olvidando que el ordenamiento jurídico vigente es único y rige en su integridad.

3.5.4.2. FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Ante las dificultades constatadas para probar la existencia de un factor subjetivo de atribución de responsabilidad -dolo o culpa-, que propician que muchos de los daños ocasionados a los bienes jurídicos queden sin reparación, y sobre todo, ante el avance de

la ciencia y la técnica (que hicieron surgir nuevas formas de vida y de vinculaciones intersubjetivas relacionadas con la producción, intercambio y consumo de bienes y servicios, caracterizadas fundamentalmente por la mecanización y el uso de todo tipo de energía, en casi todas las actividades humanas), se fueron creando riesgos y peligros para los bienes jurídicos, que no se podían enfrentar con los factores subjetivos tradicionales de atribución de responsabilidad²⁵². Y aun cuando, en determinado momento, el hombre llegó a conocer y prever las consecuencias dañosas que podía generar determinada actividad, por el hecho de que la realización de la actividad riesgosa reportaba grandes beneficios, no sólo para la persona que realizaba la acción dañosa, sino para la sociedad en su conjunto, se consideró a tales actividades riesgosas como socialmente útiles y lícitas, y en consecuencia, en lugar de prohibirlas más bien se llegó a alentarlas²⁵³. Tal es el caso del transporte aéreo por ejemplo, en que a pesar de su elevado índice de riesgo para la vida e integridad física de las personas, nadie puede pensar racionalmente en suprimirlo con la finalidad de evitar los referidos riesgos.

Ante este nuevo estado de cosas, la culpa -y como parte de ésta, el dolo- como único factor de atribución de responsabilidad, entró en crisis, pues no resultaba idónea o eficaz para lograr el resarcimiento o indemnización de estos nuevos daños²⁵⁴; además de que ante el avance incontenible de la tecnología y la ciencia y la aplicación de éstas a los fenómenos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, ya no interesaba si debía responder por el daño, únicamente el culpable sino lo que realmente

²⁵² Como decía *Josserand* : "... los progresos de la ciencia y de la técnica, con el maquinismo inherente a la revolución industrial, las causas de los accidentes se habían hecho cada día más oscuras y difíciles de precisar; con frecuencia el accidente era anónimo porque el hombre comenzaba a utilizar fuerzas cuyo alcance y poder no siempre conocía ni estaba en condiciones de controlar". JOSSERAND. Citado por Zelaya Etchegaray Pedro: en *Ob. Cit.* p.115.

²⁵³ "En las sociedades modernas, las posibilidades de acción del ser humano y el desarrollo individual no se realizan, de forma exclusiva, dentro de la esfera de organización de cada uno, sino que cada vez son más frecuentes actuaciones en organizaciones ajenas que se asumen como propias, y actuaciones que dependen, de vinculaciones institucionales". "La configuración de la esfera de organización propia se basa en la libertad, y tiene como barrera infranqueable la afectación de esferas individuales ajenas". SUÁREZ GONZALES: "**Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios**". En dogmática penal frente a la criminalidad en la Ad. Pública. Grijley, Lima, 2001. p. 150.

²⁵⁴ Pues, si bien es cierto la culpa operó debidamente en su momento, con sus respectivos fundamentos, éstos ya no resultaban del todo eficaces para la nueva realidad; ya que como indica Zelaya Etchegaray: "Según FLEMING el principio de 'ninguna responsabilidad sin culpa' fue exigido por la revolución industrial, pues satisfacía plenamente los intereses de la pequeña industria en vías de expansión y de la clase burguesa y empresarial, cada día más fuerte y consolidada. Se consideraba que era más ventajoso para la incipiente economía industrial desproteger la seguridad ciudadana que sacrificar los intereses empresariales, gravando a las nacientes industrias con peso quizá insoportable (el costo de los accidentes inevitables). Sólo se debía gravar a la industria con los costos de los daños culpables y accidentes previsibles y evitables". ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *Ob. Cit.* p. 110.

importaba era cómo hacer frente a la gran inflación de daños producidos o a la gran probabilidad de que nuevos daños se produzcan²⁵⁵; y sobre todo, cuándo era pertinente trasladar el costo económico del daño, de la víctima al responsable.

Es en esta nueva realidad, que se plantean nuevos criterios para afrontar la reparación de los daños, así como nuevos modos de distribuir el costo de los mismos entre los distintos componentes de la sociedad²⁵⁶. En estas circunstancias aparecen los ***factores objetivos de atribución de responsabilidad***; mediante los cuales, se puede atribuir responsabilidad o imputar la obligación resarcitoria, a determinado sujeto independientemente del dolo o la culpa, exigiéndose únicamente, que ante la materialización objetiva del daño resarcible²⁵⁷ se pueda verificar la relación de causalidad y vincular al responsable con el correspondiente factor de atribución, aun cuando no concorra una relación de causalidad en el sentido naturalístico, pero sí en sentido normativo, o incluso, se considera suficiente la existencia de un factor lógico a través del cual se vincula al responsable con el daño (caso de terceros responsables por garantía). Estos nuevos factores están constituidos por *el riesgo o peligro creado, la solidaridad, la garantía de reparación y la equidad*.

a) Riesgo y peligro creados.

Con la aplicación de los avances científicos y tecnológicos a los distintos quehaceres intersubjetivos, aumentaron ostensiblemente los riesgos para los bienes jurídicos, precisamente porque las actividades realizadas empleando las nuevas tecnologías generaban situaciones no siempre debidamente controladas por quien las realizaba; además de que estas actividades crearon bienes y productos que en sí mismos

²⁵⁵ “El problema era establecer cuándo el peso económico del daño debía permanecer a cargo de la víctima y cuándo merecía, por el contrario, ser transferido sobre otro sujeto que, de algún modo, se encontraba muy vinculado a la producción del mismo”. ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: ***Ob. Cit.*** p. 112.

²⁵⁶ Desde una perspectiva autopoietica o de la teoría de los sistemas, MARTINS MATEIRO Mario José, sostiene que “La responsabilidad es hoy un problema de garantía social y, por eso mismo, rechaza las condiciones subjetivas de la culpa individual. En verdad el fundamento de la responsabilidad no puede estar más en descubrir un *culpado*, sino, puramente, en la reparación del daño para que el derecho en sí mismo esté protegido”. (...). Cuando el Derecho admite la indemnización de los daños, abandonando el elemento culpa, está realizando su *auto-creación* para poder mantener su integridad, en el desempeño de su función *homeostática*. También ahí Kelsen había acertado al afirmar ‘si el Derecho gobierna su propia creación y su propia aplicación es una característica del orden normativo en cuando sistema dinámico’”. ***“Un abordaje autopoietico de la Responsabilidad”***. En: Libro Homenaje a Isidoro, H. Goldemberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires. pp. 68 y 69.

²⁵⁷ Cuando hablamos de daño resarcible, estamos discriminando o dejando de lado a otros posibles daños a los cuales no va a hacer frente el responsable, sea por fractura causal, por la presencia de una causal de justificación -legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho u otra semejante-, por concurrencia de culpa de la víctima, etc. Es decir estamos considerando únicamente los daños antijurídicos.

podían representar riesgos o peligros. Estas actividades fueron principalmente, el tráfico automotriz, el tráfico ferroviario, el tráfico aéreo, marítimo, etc.. Asimismo, también implicaba riesgo para los bienes e intereses, la propia organización de las unidades de producción constituidas por las empresas; pues reunir en un conglomerado de trabajadores a distintas personas dedicadas a diversas actividades, genera peligro o riesgo para las propias personas reunidas. Sin embargo, pese a la constatación de lo riesgoso de estas actividades y estos bienes, la sociedad permite la realización de éstas y la existencia o manipulación de los otros, precisamente por su utilidad social; es decir por los beneficios que generan para la sociedad. Con ello el problema se traslada únicamente a determinar quién ha de correr con el costo de los riesgos que pudieran materializarse en daños. ...

Es en estas condiciones que se consideró como un buen fundamento o razón para responsabilizar por estos daños, a la persona que realice la actividad riesgosa o mantenga en su poder o manipule el bien generador de riesgo²⁵⁸.

Así las cosas, había que definir la actividad riesgosa o el bien riesgoso o peligroso. Y aun cuando no se ha llegado a establecer una definición categórica o unánime, se dice que "... peligrosa (o riesgosa) es toda actividad que una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño, de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno, o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos"²⁵⁹. Y en general se dice que "... para estos efectos se entiende como riesgo aquella circunstancia que coloca un peligro adicional al simple riesgo de vivir en común"²⁶⁰. Asimismo, la doctrina establece que no existe diferencia entre los términos 'riesgoso' y 'peligroso';

²⁵⁸ "La responsabilidad que se atribuye en base a la culpa (...) ambiciona la restitución del equilibrio perturbado y en menor medida la moralización de los comportamiento culpables que fueron motivo del perjuicio. El derecho de daños que tutela las aminoraciones *inculpables* por el riesgo creado en la manipulación de los modernos bienes y servicios o haciendo cuestión de la obligación de reparar en *apoyo al mismísimo daño*, atiende esencialmente, al principio de dar a cada uno lo que en justicia le corresponde, y no sería justo que el perjudicado cargara con el perjuicio que se le causó mientras que el tercero obtuvo unos beneficios o, con su actitud o actividad, intentó conseguirlos, siendo así que se atiende a una socialización de los perjuicios entre quienes pretenden más beneficio". ESTEVILL, Luis Pascual. "*Derecho de Daños*". p. 77.

²⁵⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier: "*De la Responsabilidad Civil*". Segunda reimpresión de la segunda edición. Temis, Bogotá, 1996. p. 113.

²⁶⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* p. 159.

así DE TRAZEGNIES refiere que, “... el diccionario de la lengua de la Real Academia Española define ‘riesgo’ como ‘contingencia o proximidad de un daño’ y, de otro lado, define la palabra ‘peligroso’ como ‘que tiene riesgo o puede ocasionar daño’. Por consiguiente, desde el punto de vista estrictamente lingüístico no existe mayor diferencia entre ambos adjetivos. La reiteración en el artículo 1970° de nuestro Código Civil, parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva²⁶¹.”

Ahora bien, el fundamento para imputar la obligación resarcitoria al agente generador del riesgo o peligro, es el hecho de que al haber realizado la actividad riesgosa o peligrosa o haber tenido bajo su cuidado al bien de estas características, el sujeto *conocía y tenía el dominio de la fuente u origen del riesgo o peligro, o en todo caso con la realización de la actividad o la tenencia del bien, obtenía algún beneficio o se había propuesto obtenerlo*; lo que justifica la atribución de la responsabilidad o la imposición de la obligación resarcitoria²⁶².

Además, de lo expresado como justificación de la atribución de responsabilidad objetiva, por la creación del riesgo, desde la perspectiva de la Teoría del Análisis Económico del Derecho (*New Law and Economics*) se dice que la justificación de la atribución de responsabilidad en este caso, tiene su fundamento en que la persona que realiza la actividad riesgosa o tiene en su poder el bien peligroso, se encuentra en mejor posición que cualquier otra de distribuir el costo del daño entre los distintos componentes de la sociedad²⁶³. En este orden de ideas, se habla de distribución social

²⁶¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. p. 158.

²⁶² “Si los elementos básicos de la imputabilidad de una determinada aminoración patrimonial han de traer causa, *como así se reclama*, para los casos de responsabilidad inculpable, de la idea de reparar todos aquellos daños en los que no se vea una clara razón para que la víctima los soporte por sí sola, estamos admitiendo abiertamente, que la ilicitud, la culpa y la relación de causalidad, tal como venía comprendiéndose, no son puntales seguros para una acertada atribución del daño moderno. Estos perjuicios se ampararán con el riesgo creado y en relación al daño producido, del que será responsable, en principio, aquél que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo, y se beneficia de él, o tendrán su fundamentación en su propio resultado lesivo, para la esfera del interés ajeno, respondiendo de sus consecuencias el agente o garante de las personas o cosas por las que debe responder”. ESTEVILL, Luis Pascual: “*Derecho de Daños*”, pp. 79 y 80.
 “Aun suponiendo que no se haya cometido culpa alguna, puede ser justo conceder a la víctima una justa indemnización, pues quien en su provecho o interés pone en acción fuerzas temibles, debe asumir las consecuencias de su iniciativa”. ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *Ob. Cit.* p. 115.

²⁶³ “La escuela de la *New Law and Economics* ha puesto de manifiesto otro posible fundamento de esta responsabilidad estricta, al atribuirla al sujeto que está en mejores condiciones para distribuir el costo del daño entre un gran sector de la sociedad, a través del seguro o del sistema de precios” ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: Ob. Cit. p. 134. En el mismo sentido, BULLARD GONZALES, Alfredo: “*¡Qué Dios se lo Pague!*”. En Estudios de Análisis Económico del Derecho. Ara Editores, Lima, 1996, p. 157.

del daño, o distribución social del riesgo, “... no se trata ya de buscar un culpable a quien sancionar ni de crear por razones oscuras una nueva víctima económica frente a la víctima directa. De lo que se trata en esos accidentes de la vida contemporánea de carácter rutinario (lo que excluye el dolo o la culpa inexcusable), es fundamentalmente de reparar a la víctima y diluir en el todo social el impacto económico del daño para que nadie lo sufra en particular; la sociedad toda es responsable de los daños rutinarios de la vida en común y, consecuentemente, hay que trasladar el costo de la indemnización a toda la sociedad”²⁶⁴. Sin embargo, es de tenerse en cuenta que con la distribución de los riesgos sobre toda la sociedad, estaríamos ante el factor de atribución de responsabilidad, **Solidaridad**, y no propiamente dentro del ámbito de la atribución por riesgo o peligro creados, por lo que en rigor metodológico, trataremos este punto al tratar el siguiente factor de atribución.

El riesgo o el peligro creados, mediante una actividad riesgosa o peligrosa o mediante un bien de estas características, normativamente está contenido en el artículo 1970° del Código Civil. En estos casos, como queda dicho, no se requiere la concurrencia de dolo o culpa para atribuir al agente del daño, la obligación resarcitoria; es suficiente que se determine el hecho dañoso, el daño (resarcible)²⁶⁵, y la relación de **causalidad adecuada** entre ambos²⁶⁶; en ciertos casos esta relación de causalidad puede ser normativa. Pues en estos supuestos, como el riesgo creado es objetivo, la responsabilidad también es objetiva. No se trata de una presunción de culpa *iuris et de iure*, como en algún momento se sostuvo, sino simplemente de una responsabilidad objetiva, en donde no tiene ninguna importancia la prueba de la culpa, pues su inexistencia no libera al responsable de la obligación resarcitoria. Asimismo, tampoco se trata de la “culpa objetiva” (en la cual no se tiene en cuenta, para atribuir culpa a alguien, su propia capacidad al momento de la realización del hecho dañoso, sino únicamente un referente objetivo constituido por el hombre razonable o el buen padre de familia romano), sino que se trata de la atribución de responsabilidad sin

²⁶⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. p. 53.

²⁶⁵ Cuando hablamos de daño resarcible, estamos refiriéndonos a un daño antijurídico, por lo que se exceptúan de éstos a los daños justificados o autorizados.

²⁶⁶ Hablamos de causa adecuada para los supuestos de responsabilidad extracontractual, en el caso de responsabilidad contractual, se considerará la causa directa o inmediata.

consideración de capacidad o de elemento subjetivo alguno y sin referencia a algún patrón objetivo de comparación.

b) La solidaridad. Distribución social de los daños o los riesgos.

Como quiera que la posibilidad de la causación de distintos daños es connatural a la propia vida en sociedad, y sobre todo como la propia sociedad es la que se beneficia con la creación de riesgos adicionales a la vida en común, será la propia sociedad, la que asuma el costo de los daños propios de la vida social. En unos casos será toda la sociedad la que asuma los costos, y en algunos casos únicamente ciertos grupos que participan de determinada calidad, como consumidores de un mismo producto, beneficiarios de determinado servicio, etc²⁶⁷. Una forma de lograr la viabilidad de la vida en común, es precisamente afrontando, de la manera más adecuada y menos traumática, la afectación de los bienes jurídicos o el costo de los daños²⁶⁸. Es por ello que para determinados casos, el ordenamiento jurídico o las prácticas sociales han establecido formas de distribución de estos costos entre los componentes de la comunidad en su conjunto²⁶⁹.

Estos son los casos en que la vinculación jurídica del ‘obligado’ nace del deber de **solidaridad** que la sociedad impone a todos sus componentes entre sí²⁷⁰. Aun cuando,

²⁶⁷ El propio ordenamiento social y jurídico, se ha diseñado precisamente para hacer más llevadera o viable la vida en común y la vida individual en particular.

²⁶⁸ “El derecho de la víctima a ser indemnizado por los perjuicios sufridos se origina en un deber de solidaridad social, que pretende entre otras cosas humanizar el azar y la eventualidad del accionar natural de los hombres sujetos a pasiones y debilidades. El peso económico de los daños debe ser solidariamente distribuido entre todos los miembros de la sociedad, y más aún si se trata de un daño producido por el Estado”. ARBULÚ COLLAZOS, David Edgar: *“Responsabilidad del Estado por su función jurisdiccional”*. En Revista Jurídica del Perú. Año XLIV. No. 61, Abril - 1994. p. 14.

²⁶⁹ En este sentido ARBULÚ COLLAZOS, citando a DE TRAZEGNIES GRANDA, indica que este autor sostiene la existencia de un principio de principios: La solidaridad social, para determinar la responsabilidad civil, lo cual -agrega- “no es otra cosa que la expresión efectiva de la toma de conciencia del lazo social, de la percepción que vivimos en un estado de dependencia recíproca, en el que nuestros beneficios se basan en el perjuicio de otros y en el que nuestras posibilidades sólo pueden ser actualizadas con la ayuda de otros. De allí que exista un deber de existencia mutua que se funda tanto en la naturaleza social de los perjuicios como en la necesidad de la colaboración recíproca para la puesta en valor de nuestra propia humanidad: La solidaridad supone un doble aspecto de comunidad y complementariedad (...) la solidaridad explica la superación de la idea de la culpa como único criterio para obligar a la reparación del daño y abre las puertas para responsabilizar a otras personas no culpables”. ARBULÚ COLLAZOS: *Ob. Cit.* p. 17.

²⁷⁰ “La categoría de los sujetos interesados en el problema de la responsabilidad se amplía incluso más, abrazando así a todos los que –aun cuando no hayan cometido directamente el daño, pero han participado, con su actividad, a causarlo- están en grado de asumir (por lo menos inicialmente) la obligación resarcitoria y, a través del recurso al instrumento asegurativ, repartir las consecuencias entre todos quienes pertenecen a una determinada categoría (o en los casos más graves, entre los que integran el cuerpo social). ALPA: *Ob. Cit.* p. 73. con citas de CALABRESI, HIRSCHOF y FLEMING.

este deber pueda surgir directamente de la ley (como en el caso de los seguros), es el deber de solidaridad el que fundamenta la atribución de responsabilidad contenido en la ley²⁷¹. Tal es el caso de las distintas normas relativas a determinadas actividades sujetas a seguro obligatorio: actividades industriales, de transporte, mineras, etc., en las cuales más allá del riesgo que pueda generar la actividad, no se determina la responsabilidad en base al riesgo creado, sino a la solidaridad; pues, tal como refiere ALPA, “... observando el asunto desde un punto de vista externo al proceso de modificación de los sistemas de responsabilidad civil (...) la función actual de la regulación del ilícito no es tanto la ‘asignación de daños’, sino la de distribuir los costos vinculados a éstos entre el más amplio número de sujetos”²⁷². Todo esto naturalmente, con independencia de la atribución de responsabilidad al agente que rebase el límite del riesgo o daño asegurado, en cuyo caso, además de la obligación reparatoria ordenada por la ley que dispone el aseguramiento de la actividad o bien (constituido por la prima de seguro), podrá surgir una obligación resarcitoria adicional a cargo del generador del riesgo, si se acredita la existencia de los elementos necesarios para su atribución (hecho dañoso, daño, relación de causalidad entre ambos y el factor de atribución distinto de la solidaridad contenido en la ley); lo que significa que en estos casos se comprenderá como responsables a la empresa aseguradora y adicionalmente al causante, e inclusive al tercero (tercero civil en caso de procesos penales).

Asimismo, si bien es cierto que esta solidaridad como factor de atribución de responsabilidad estará contenido en la correspondiente norma jurídica, como las distintas leyes que mandan el aseguramiento de determinadas actividades, en concordancia con la norma genérica prevista en el artículo 1988° del Código Civil, existen otros casos, en que son las propias prácticas sociales las que determinan la forma de distribución del costo de los daños entre los componentes de la sociedad, tal es el caso del sistema de precios o los mecanismos de mercado, donde no existe una disposición expresa, pero es aceptado pacíficamente el recurso a estas prácticas. Entonces, los mecanismos que habitualmente son utilizados para la distribución social

²⁷¹ Al respecto, hay voces en el sentido de que cuando se trata de seguros ya no estamos propiamente en el campo de la responsabilidad civil, sin embargo, a nuestro criterio, los seguros constituyen parte integrante de la responsabilidad y consecuentemente le resultan aplicables todos los elementos y criterios de ésta en la medida que corresponda. Criterio similar puede observarse en ALPA: *Ob.Cit.* p.73.

²⁷² ALPA: *Ob.Cit.* p.73.

de los daños o de los riesgos sobre toda la sociedad, fundamentalmente son el *sistema de precios* y los *seguros*.

Mediante el *mecanismo de los precios* se puede internalizar en el precio del bien o del servicio, el posible costo del daño; esto es, se puede incrementar el precio de tal forma que el fabricante o el prestador del servicio, además del precio comercial del bien o servicio, obtenga una cantidad adicional que deba destinarla a un fondo de reparación de daños provenientes del uso del bien o servicio; esta cantidad adicional que pagan los consumidores será la que realmente sirva para la reparación del daño. En este caso, serán los propios consumidores o usuarios del servicio quienes efectivamente reparen el daño, solidarizándose con el afectado en virtud de haber participado de determinada calidad común; esto es, la calidad de consumidores de determinado producto o servicio. Claro que el directamente responsable de la reparación del daño frente a la víctima será el fabricante o prestador de servicios, pero no será éste quien asuma su costo, puesto que lo diluye entre todos los consumidores a través del precio en el mercado; y en inicio, se lo considera responsable únicamente porque era él quien estaba en condiciones de distribuir entre los consumidores el costo del daño²⁷³.

Asimismo, mediante el recurso del *seguro o del sistema de seguros* en general, se puede diluir el costo de los daños entre los componentes de la sociedad. “El mecanismo del seguro es similar al descrito anteriormente, pero tienen un mayor grado de institucionalización. Aquí la distribución de la carga económica del daño se realiza a través de un seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter rutinario fácilmente identificables y categorizables, tales como los accidentes de automóviles (...). Este seguro permite una adecuada satisfacción de la víctima y una eficiente difusión del daño entre todos los asegurados a través del pago de las primas”²⁷⁴. Claro que en muchos de los casos, de no ser suficiente la prima del seguro para cubrir el monto total del daño causado, el propio operador del bien riesgoso o realizador de la actividad peligrosa, también quedará obligado, conjuntamente con el tercero, de ser el caso.

²⁷³ “...el fabricante puede calcular el riesgo estadístico de que ciertos productos salgan defectuosos a pesar de todo el control aplicado, e incluir este costo probable en el precio del artículo; de manera de que todo el que compra (...) está de alguna manera garantizando la posibilidad de una reparación para aquel miembro de la comunidad de usuarios que tiene la mala suerte de que le toque precisamente el producto defectuoso que escapó a todo control, y causó el daño”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. p. 54. En el mismo sentido, BULLARD GONZALES, Alfredo: “*Estudios de Análisis Económico del Derecho*.”

²⁷⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: Ob. Cit. pp. 54 y 55.

c) *La garantía de reparación*

En la mayoría de los casos de daños o lesiones a los bienes jurídicos, el causante directo del daño será el responsable civil, o deudor en la obligación resarcitoria; en estos casos no existe problema para determinar la responsabilidad del causante, con los factores de atribución antes desarrollados, sean los subjetivos o los objetivos. Sin embargo, el problema se presenta cuando además de la atribución de responsabilidad al agente directo, se trata de atribuir responsabilidad a una tercera persona, por tener ésta, con la primera, una vinculación especial, de índole de dependencia o por encontrarse bajo su cuidado. Tales son los casos de los representantes de incapaces -padres, tutores o curadores-, y los empleadores de los trabajadores. Asimismo, esta vinculación también puede establecerse a través de un bien cuya titularidad no corresponde al que lo usa o pone en funcionamiento, como es el caso de los responsables indirectos por ser propietarios de vehículos motorizados con los cuales se ocasiona lesiones o daños a la vida o salud de las personas.

Tradicionalmente, y en la medida en que la culpa se erigió en el único factor de atribución de responsabilidad, de tal modo que se llegó a identificar responsabilidad y culpabilidad -responsable igual a culpable-, y ante la necesidad de establecer la responsabilidad de las terceras personas por los daños que causaban sus dependientes, hijos o pupilos, se extendió el concepto de la culpa de tal forma que hasta se llegó a su propia desnaturalización, llegándose a establecer inclusive presunciones de culpabilidad *juris et de jure*²⁷⁵. Es en estas circunstancias que se elaboraron los conceptos de ***culpa in eligendo, culpa in vigilando, culpa in inspiciendo y culpa in instruendo***²⁷⁶. Pero,

²⁷⁵ BUSTAMANTE ALCINA al comentar el artículo correspondiente del Código Civil Argentino, refiere que “Tal vez sería preciso admitir históricamente que dentro del sistema de responsabilidad del Código, el fundamento del artículo está dado por una presunción *Juris et de Juri* de culpa del principal *in eligendo e in vigilando*. Sin embargo, desde una óptica moderna y aun a costa de romper el esquema dogmático del Código en esta materia, carece de sentido sostener la existencia de una presunción *juris et de juri* de culpa. En primer lugar por que no se podría afirmar que se establece una presunción allí donde se prohíbe probar en contra de la misma. Las presunciones funcionan en el régimen de las pruebas procesales, dando por establecido *eo quod plerunque fit* al invertir la carga de la prueba incumbirá al demandado la demostración de que en el caso sub especie no ha ocurrido lo que acostumbra suceder. Si no se puede probar en contra de la presunción, no hay tal presunción: La norma en cuestión contiene una disposición legal atributiva de responsabilidad y, según ella, el principal responde por el hecho de su dependiente, exista o no culpa de aquél en la elección y vigilancia de éste” BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: “*Teoría General de la Responsabilidad civil*”. En Derecho Civil y Procesal Civil. Módulo Cuatro. Materiales PROFA, de la Academia de la Magistratura, 1998, p. 191. En el mismo sentido DE TRAZEGNIES GRANDA, al comentar la presunción inimpugnada de culpa, refiere “Esta tesis es insostenible, pues una *presunción* que no puede ser enervada es una *realidad* para el Derecho”. Ob. Cit. p. 157.

²⁷⁶ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *Ob. Cit.* 34.

en estas presunciones o atribuciones de culpa, por lo general no se permitía al imputado demostrar que no ha obrado culposamente, y aun cuando hubiere actuado observando la diligencia necesaria o el mayor de los deberes de cuidado del caso, igual, se le presumía culpable. Esto llevó a la convicción de que no se trataba propiamente de una presunción de culpa sino de una realidad para el derecho o de una atribución de responsabilidad sin necesidad de atribución de culpa.

Entonces había que determinar cuál era realmente, en estos casos, el verdadero fundamento o factor de atribución de responsabilidad. Lo que se puede determinar recurriendo a la teoría general del derecho y a los propios fundamentos de la responsabilidad civil. Pues, como se viene sosteniendo, el ordenamiento jurídico se ha organizado para proteger los bienes e intereses que la sociedad considera necesario proteger en determinado lugar y determinado tiempo, y para eso ha generado el sistema de control integrado por el derecho, y como parte de este control ha implementado la responsabilidad civil²⁷⁷, la que justifica su existencia precisamente en su orientación al logro de la reparación de los daños; en tal sentido, si en ciertos casos no se puede lograr la reparación de parte del causante directo, por que éste no se encuentra en la posibilidad material de correr con el costo del daño, el propio ordenamiento jurídico a través de la responsabilidad civil, impone a determinadas personas la calidad de **garantes** de la reparación de los daños ocasionados por personas especialmente vinculadas a dichos garantes²⁷⁸, a los que como en todos los casos de garantía les impone la obligación solidaria de responder conjuntamente con el causante directo. Es así como el ordenamiento jurídico, ha establecido que constituye un ***fundamento o***

²⁷⁷ En términos más generales, podemos decir parafraseando a MARTÍNEZ RAVE que: “La humanidad ha buscado siempre la mejor forma de organizarse a fin de encontrar los procedimientos y sistemas que permitan a todos los seres humanos hacer más placentero y agradable el tránsito por la vida. El bienestar general, que abarque el mayor número de personas, es la meta ambicionada por todas las organizaciones sociales humanas”. **Ob. Cit.** p. 637. p. 637. Criterio que podemos extender precisamente a la búsqueda de la compensación o satisfacción creada por la producción de los daños.

²⁷⁸ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ refiere: “La garantía como factor de atribución implica la *seguridad que alguien brinda a terceros de que, si se produce un daño en determinadas circunstancias, afrontará su resarcimiento.* (...). Lo que se asegura no es la inocuidad, sino la indemnización, aun sin infracción previa de algún deber por el responsable. (...). El factor garantía opera cuando pesa sobre alguien un *deber de procurar la inocuidad y de velar por la seguridad ajena en el despliegue de determinadas actividades*”. **Ob. Cit.** p. 390 y 391.

ZELAYA ECHEGAY, con toda claridad, refiriéndose a la responsabilidad del empresario, indica: “La responsabilidad del empresario por el hecho o culpa del dependiente es considerada en este sistema exclusivamente como una garantía respecto del tercero víctima del daño. El empresario sería un verdadero fiador solidario de la eventual obligación resarcitoria que adquiere su dependiente ...”. **Ob. Cit.** p. 76.

razón para la atribución de responsabilidad civil -factor de atribución-, la **garantía de reparación** a cargo de las personas encargadas del cuidado, selección, dirección o instrucción de otras personas²⁷⁹. En este sentido, los artículos 1975° -segunda parte-, 1976° y 1981° del Código Civil, atribuyen la calidad de garantes de la obligación resarcitoria de sus respectivos dependientes o personas bajo su cuidado, a los principales –empleadores-, o a los representantes legales -tutores, curadores, etc.- de personas incapaces. Debiendo tenerse en cuenta que esta imputación de responsabilidad se sustenta en un factor de atribución objetivo, por lo que también se tratará de una responsabilidad objetiva. Este criterio queda más claramente establecidos en las nuevas disposiciones correspondientes a la Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito ocasionados por vehículos automotores, Ley N° 27181 y su Reglamento el D. S. N° 024-2002- MTC donde se estipula que la responsabilidad civil del conductor, propietario del vehículo y el prestador del servicio es **objetiva**. En tal sentido, no es necesario que se acredite la concurrencia de culpa en la producción del daño o en la vinculación del tercero con el causante directo. En este orden de ideas puede desvirtuarse la atribución o presunción de *culpa in eligendo*, *culpa in vigilando*, *culpa in inspiciendo*, *culpa in instruendo*, etc., que pretendían fundamentar la responsabilidad del tercero vinculado al agente directo del daño, en la atribución de culpa o presunción *juris et de jure* de culpa, y no en una atribución objetiva. Es en este sentido en que deben interpretarse los artículos del Código Civil anotados, pues de su propia redacción y de los argumentos aquí esgrimidos, se advierte que se trata de una responsabilidad objetiva. Máxime si como la doctrina refiere: “A la luz de las nuevas, concepciones sobre responsabilidad parece indudable que el fundamento de esta norma no puede hallarse en la culpa, sino en la necesidad de garantizar a los terceros por la acción eventualmente dañosa de las personas que actúan en el interés de otros”²⁸⁰.

²⁷⁹ Como refiere SCHÜNEMANN, Bernd: desde la perspectiva del Derecho penal, al referirse a la responsabilidad de las personas jurídicas, afirmación que se puede extender a los demás casos de aplicación de la garantía como factor de atribución de responsabilidad: “Todo superior en una empresa económica tiene una posición de garante respecto de sus subordinados que corresponde exactamente a su poder de organización, y en virtud de esa posición de garante se le han de imputar las lesiones de bienes jurídicos causados por los subordinados en el ejercicio de su actividad para la empresa como si hubiera sido causados por su propia conducta”. **“La Punibilidad de las Personas Jurídicas”**. En Derecho Penal Económico de la Empresa; de Julio Mazuelos Coello; Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 95.

²⁸⁰ BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: **“Teoría General de la Responsabilidad Civil”**. Ob. Cit. p. 191. En términos generales DE ÁNGEL YÁGÜEZ, refiere: “Por otro lado ahora es habitual usar la palabra “garantía”, en vez de “responsabilidad” aunque cierto es que este nuevo modo de hablar tiene mucho que ver con las fórmulas de socialización de los riesgos de nuestros tiempos”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: Ob. Cit. p. 16.

También es la doctrina, la que trata a la vez de determinar el fundamento por el cual se debe tener por garante al representante legal o al empleador, -sobretudo este último-, indicando de que es razonable que se consideren obligados solidarios a éstos, por cuanto ordinariamente contarán con mecanismos eficientes para lograr el reembolso de parte del obligado directo²⁸¹. Además de que también en estos casos de responsabilidad por garantía subyace el principio o factor de solidaridad, que aun cuando es absorbido por el principio de garantía, en el fondo constituye un sustento de la atribución de la calidad de garante del representante legal o del empleador o propietario del bien utilizado²⁸².

Debe quedar claro que la responsabilidad civil sustentada en el factor de atribución “garantía”, es objetiva, por lo que no queda sujeta a la prueba de la culpa o del dolo en la actuación del responsable -representante legal, empleador o principal, o titular del bien-; como dice ZELAYA ETCHEGARAY citando a Fridman: “... desde el momento en que este tipo de responsabilidad no depende de ninguna prueba de culpabilidad en la persona del empresario o empleador que será hecho vicariamente responsable, ésta es una forma de responsabilidad estricta. No se puede eximir de la responsabilidad vicaria mediante la prueba de la ausencia de negligencia o de cualquier intención de causar el daño. Ella nace sólo por el hecho de haber empleado a un dependiente culpable, unido a la circunstancia de que el empleado se encontraba trabajando en una determinada forma y para una determinada finalidad”²⁸³. Entonces, en estos casos de responsabilidad hay dos factores de atribución de responsabilidad distintos, para el causante directo -empleado- el factor de atribución es subjetivo, será el dolo o la culpa; en cambio para el empleador o responsable vicario el factor de atribución es objetivo, y está determinado por la garantía de reparación impuesta por la ley²⁸⁴.

²⁸¹ En este sentido ARBULÚ COLLAZOS David, al comentar la responsabilidad del Estado como empleador refiere: “El Estado asume la obligación de indemnizar por razones de Garantía frente a las víctimas por cuanto se encuentra en mejor aptitud que la víctima para cobrar ese importe al funcionario, pues debido a la relación de dependencia, tendrá diversos mecanismos para hacerse rembolsar: descuentos de salarios, indemnizaciones acumuladas, etc.” *Ob. Cit.* p. 27.

²⁸² “Sobre la base de la teoría de la garantía elaborada por el jurista francés Boris Stark, el mismo ponente de la sección sobre Responsabilidad Extracontractual (De Trazegnies) sostiene la existencia de un principio de principios: La solidaridad social para determinar la responsabilidad civil, lo cual -agrega- no es otra cosa que la expresión operativa de la toma de conciencia del lazo social, de la percepción que vivimos en un estado de dependencia recíproca, en el que nuestros beneficios se basan en el perjuicio de otros y en el que nuestras posibilidades sólo pueden ser actualizadas con la ayuda de otros. ARBULÚ COLLAZOS: *Ob. Cit.* p. 16.

²⁸³ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *Ob. Cit.* p. 78.

²⁸⁴ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *Ob. Cit.* p. 105.

De estos casos de responsabilidad por garantía, especial importancia en la vida actual merece la responsabilidad de las personas jurídica o de las empresas, por los actos de sus empleados o dependientes, y lo que más importa es determinar cuándo se le puede atribuir responsabilidad al empleador o empresa por los actos propios de sus empleados, situación que tiene especial importancia en el tema que nos ocupa, ya que casi la totalidad de las actividades económicas se organizan y ejecutan a través de las unidades empresariales. Claro que la empresa no responderá únicamente en el caso de la concurrencia del factor de atribución “garantía”, sino que además responderá cuando la propia empresa desarrolle dentro de sus actividades empresariales, “actividades riesgosas” o se encuentre en posesión de bienes de igual naturaleza, y como consecuencia de ello se generen daño a terceros; así como también responderá por los daños causados por el propio riesgo que implica la organización empresarial, es decir por el “riesgo de empresa”; ya que la organización empresarial, por el hecho de reunir a un grupo de personas, operar con distintos tipos de energía y maquinarias, etc., por sí misma adiciona un *plus* de riesgo o peligro al propio riesgo que significa la vida en sociedad.

La responsabilidad de la empresa sustentada efectivamente en el factor de atribución “garantía”, es la conocida como ***responsabilidad vicaria del empleador*** -referida en párrafos anteriores-; en virtud a la cual el empleador responderá por el daño causado por su empleado, únicamente si se ha probado que el empleado al causar el daño ha incurrido en ***dolo o en culpa***, además de que el hecho dañoso debe de haberse producido en el ejercicio del cargo o actividad laboral, o en cumplimiento del respectivo servicio. De este modo se descarta la garantía como factor de atribución en los casos de actividad riesgosa, por que en estos supuestos la empresa responderá por “riesgo de empresa”, toda vez que el empleado habría generado el riesgo -que se concreta con el daño- al realizar una actividad propia de su cargo, por lo que el riesgo lo crea la propia empresa; y si se tratara de un supuesto de hecho fuera del cargo o servicio, ya no se podría vincular al empleador con el hecho de su empleado. Lo que importa para la aplicación de la responsabilidad por garantía es que el daño se cause en el ejercicio del cargo o de la actividad propia del empleo, para lo cual deberá de acreditarse una relación laboral. Pero esta relación no necesariamente estará referida a un contrato de trabajo, en la cual exista una relación vertical entre empleador y empleado, sino que

también podrá tratarse de un contrato de locación de obra, pero en los cuales exista una relación vertical entre el comitente y el contratista²⁸⁵; en el contrato de locación de servicios, aun cuando por su propia definición, conforme a nuestra legislación civil, no puede existir relación vertical entre comitente y locador, también podrá aplicarse la responsabilidad vicaria, ya que el locador actúa en beneficio del comitente, existiendo, en consecuencia, la misma razón para atribuirle responsabilidad (al igual que al empleador). Pues en ambos casos -trátese de empleador o comitente- el responsable vicariamente ha generado las condiciones y ocasión para la actuación del agente directo²⁸⁶.

Adviértase consecuentemente, que en estos caso de responsabilidad vicaria, aun cuando el causante directo del daño -empleado- hubiese actuado con dolo, de todas maneras resulta vinculado a la obligación de resarcimiento el empleador; debiendo descartarse el criterio esgrimido en abundante jurisprudencia nacional antigua, en el sentido de que en los casos de actuación dolosa del causante directo, no se puede responsabilizar al empleador, ya que este criterio surgió de una incorrecta interpretación del artículo 1136° del Código Civil de 1936, como se ha indicado en líneas anteriores. Pues, al haberse materializado el daño a través del desempeño del cargo o de la prestación del servicio, la propia actividad empresarial que ejecutó el empleado, resulta facilitando o prestando auxilio para que se materialice el daño. Este punto de vista es sostenido por la doctrina mayoritariamente, sobre todo en el derecho comparado²⁸⁷.

²⁸⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* p. 487.

²⁸⁶ “Pero entonces cuál es el fundamento de esta teoría -de la responsabilidad vicaria- si el principal no responde por culpa. Se trata de una relación de ocasionalidad más que de causalidad, es decir, no es necesario que exista un nexo de causalidad material sino simplemente un nexo lógico: ***El principal propició la ocasión en la que el daño fue causado***”. <resaltado nuestro>. ARBULÚ COLLAZOS. *Ob. Cit.* p. 14.

²⁸⁷ En este sentido se pronuncia ZELAYA ETCHEGARAY Pedro, al sostener repetidamente que: “Sin responsabilidad civil del dependiente no existe ni surge responsabilidad vicaria en el empresario. En consecuencia, la responsabilidad del principal está fundada sólo en una razón práctica: garantizar y facilitar a la víctima el cobro de la indemnización, sin perjuicio del que el empresario o empleador pueda -una vez pagada ésta- repetir por el total contra el dependiente que con ***dolo o culpa*** causó material y directamente el daño. La idea de garantía puede unirse a la necesidad de proteger a la víctima frente a la posible insolvencia económica del dependiente o auxiliar.

De acuerdo con esta línea de interpretación, el empresario o empleador pagará siempre una deuda ajena de la cual la ley, por determinadas razones de política legislativa, le ha hecho garante frente a la víctima. La obligación indemnizatoria que recae sobre el empresario no sería consecuencia de una personal autoría en la causación culpable del daño, pues el único autor del daño es el dependiente que con dolo o culpa causó el perjuicio al tercero”. *Ob. Cit* p. 76.

Igualmente, en los supuestos en que el propietario o poseedor de un bien, particularmente de un vehículo motorizado u otros bienes riesgosos, si es que con la utilización u operación del bien por parte de un tercero, se ocasiona daños a los bienes jurídicos, al propietario o poseedor se le puede imputar responsabilidad civil en virtud al factor de atribución “garantía de reparación”. Debiendo tenerse en cuenta que si bien el causante directo, en este caso el conductor del vehículo o quien pone en funcionamiento el bien riesgoso, responderá en virtud al factor de atribución dolo o culpa, e incluso por el “riesgo o peligro creados”, el propietario o poseedor, no ha generado propiamente el riesgo o peligro, pero de todas maneras responderá, no por culpa o por riesgo como podría pensarse²⁸⁸, sino por el factor objetivo “garantía de reparación”. Consecuentemente, en estos casos, para vincular jurídicamente al propietario o poseedor del bien o vehículo con el resarcimiento del daño, es suficiente con acreditar el vínculo jurídico o título, entre este último y el bien -su calidad de propietario o poseedor- y que permitió al causante el uso del bien, no interesando su obrar doloso o culposos; pues aun en ausencia de dolo o culpa igualmente resultará responsable. Estas tesis, quedan claramente establecidas en nuestro orden jurídico actual con la Ley de Seguros Obligatorios por Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito, Ley N° 27181 y su Reglamento el D. S. N° 024-2002- MTC donde se establece claramente la responsabilidad objetiva.

Estos casos son particularmente importantes para determinar al tercero civilmente responsable en el proceso penal, ya que si bien es cierto que en este proceso se instruye la participación del denunciado penalmente, para efectos de la responsabilidad civil también se comprende en el proceso al obligado indirecto -tercero civil- para quien el factor de atribución, como se viene indicando, es la garantía de reparación.

Finalmente, es de tenerse en cuenta, que si bien es cierto, por el factor garantía, se responsabiliza a los representantes legales de incapaces, la responsabilidad proveniente de los actos de los incapaces, no serán materia de un proceso penal en ningún caso, toda vez que para esto es necesario que el hecho constituya delito, y las acciones de los

²⁸⁸ Si al propietario o poseedor se le atribuyera responsabilidad por culpa, por supuesta negligencia, al haber permitido que el agente directo opere con el bien o conduzca el vehículo, éste puede liberarse de la responsabilidad probando su falta de culpa, en cambio con el factor objetivo de reparación, no podrá liberarse por cuanto siempre será garante de la persona que operó con el bien, con el mismo que aparece como obligado solidario.

incapaces no son constitutivas de delitos, distinto será en los actos de los representantes legales, los mismos que podrán configurar delitos, sean a título de dolo o a título de culpa.

d) La equidad como factor de atribución de responsabilidad.

La gran mayoría de los daños podrá imputarse a su autor o responsable, mediante los factores de atribución de responsabilidad desarrollados; sin embargo existe un grupo de daños en los cuales no se puede atribuir dolo o culpa, no se trata de la materialización del daño a través de una actividad riesgosa o peligrosa o de la posesión de bienes de esta naturaleza, ni de una actividad sujeta al régimen de seguros obligatorios, a la vez que tampoco resulta de aplicación el factor garantía de reparación; en estos casos el daño quedaría sin reparar. Pero, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico se sustenta en valores supremos como la justicia y la equidad²⁸⁹, resulta inícuo para el ordenamiento jurídico que este tipo de daños quede sin reparación. De este tipo de daños es por ejemplo el contemplado en el artículo 1977° de nuestro Código Civil, es decir, el daño causado por una persona incapaz que actúa sin discernimiento²⁹⁰. La reparación de estos daños conforme a derecho -y conforme al factor garantía- corre a cargo del representante legal del incapaz, pero si el representante legal se encontrara en la imposibilidad de hacer frente a la obligación reparatoria, la víctima del daño no podría lograr la reparación accionando contra este responsable; asimismo, tampoco podría accionar contra el menor, precisamente por la ausencia de un factor de atribución de responsabilidad en contra de éste. Ante esta eventualidad, el ordenamiento jurídico recurre otra vez a uno de sus principios generales que informan el sistema, es decir, a la ***equidad***, con la cual fundamenta o justifica la responsabilidad del incapaz sin discernimiento, convirtiéndola (normativamente), en un factor de atribución de responsabilidad. Claro que en estos casos, no se trata de un tipo de reparación dentro del proceso penal, por cuanto, en ningún caso puede ser considerada como delito la conducta del incapaz sin discernimiento, pero sí constituye un caso típico de indemnización por equidad.

²⁸⁹ “De manera general se habla de equidad como equivalente a la justicia; pero de manera preferente para significar la solución justa de un caso determinado. Una solución equitativa es la que parece adecuada o correcta en unas circunstancias determinadas, como algo que corresponde a la justicia natural”. PUIG BRUTAO, Jose: ***“Introducción al Derecho Civil”***. Bosch, Barcelona, 1991, p. 348.

²⁹⁰ En el artículo 907 del Código Civil argentino expresa similar contenido luego de la modificación introducida por la ley 17.711.

En los casos de atribución de responsabilidad por equidad, no interesa la voluntad o el discernimiento del obligado, pues este no actúa con voluntad ni discernimiento, es un supuesto más de responsabilidad objetiva²⁹¹.

Igualmente, la indemnización o reparación prevista en el artículo 1954° de nuestro Código Civil, es decir, en los casos de enriquecimiento sin causa, la obligación resarcitoria del ilícitamente enriquecido, se sustenta en la equidad como factor de atribución de responsabilidad; toda vez que al responsable no se le puede atribuir, dolo o culpa, riesgo, solidaridad, o garantía de reparación; habiéndose plasmado el principio general de equidad normativamente. Algunos supuestos de enriquecimiento indebido pueden configurar delitos de estafa o defraudación según sea el caso; y por tanto podrán ventilarse en un proceso penal; pero de ser así, el factor de atribución de responsabilidad civil, por el cual se determina el resarcimiento, será el dolo y no la equidad. El sustento de la solución equitativa está dado por el provecho obtenido por el enriquecido a expensas del empobrecido; a diferencia del artículo anterior (1977° C.C.) en el cual el sustento equitativo está determinado por la necesidad de reparación de la víctima y por la capacidad reparatoria del incapaz sin discernimiento.

Otro caso en el cual se recurre a la equidad para atribuir responsabilidad viene dado por el supuesto en el cual, dada la capacidad económica del causante y la necesidad o situación personal de la víctima, a pesar de no existir un factor concreto de atribución de responsabilidad, se obliga a reparar el daño al causante recurriendo a la equidad. Este supuesto está previsto en legislaciones extrajeras como el artículo 907° del Código Civil argentino, por lo que su aplicación está establecida normativamente; funciona por ejemplo, para casos de accidentes producidos fuera de una actividad considerada riesgosa o peligrosa y fuera de los casos de atribución de culpa o dolo, y del factor garantía²⁹². En nuestro ordenamiento jurídico estos supuestos están cubiertos por otros factores de atribución, y no resultaría aplicable a los casos concretos.

²⁹¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*. Novena edición, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1997. p.461.

²⁹² La jurisprudencia argentina, es abundante en la aplicación de la equidad como factor de atribución de responsabilidad; así en una de estas sentencias se sustenta la responsabilidad de la siguiente manera: “ Que ello no obstante, el artículo 907 del Código Civil, permite a los jueces disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima, en los hechos involuntarios dañosos. Esta sabia norma introducida por la reforma de la ley 17.711, pone de manifiesto la prevalencia del derecho natural sobre la convención

Debe diferenciarse sin embargo, la equidad como factor de atribución de responsabilidad civil, de la equidad como recurso para determinar equitativamente el monto del resarcimiento. Pues en el primer caso la equidad es el fundamento de la responsabilidad, es el criterio que justifica la responsabilidad del causante; si no se recurriese a la equidad todavía no podríamos decir que existe un responsable porque precisamente, mediante la equidad, se atribuye o imputa responsabilidad al causante, y es a partir de este momento que sobre el responsable caerá el peso de la obligación resarcitoria. En cambio al referirnos a la equidad como recurso para determinar el monto de los daños o del resarcimiento, ya nos encontramos frente a un responsable, no únicamente frente a un causante; aquí ya se ha determinado el factor de atribución de responsabilidad, el que puede ser la culpa, el dolo, el riesgo, la solidaridad, la garantía o la propia equidad; recurrimos a la equidad únicamente para determinar el monto del daño o el monto de la obligación resarcitoria, precisamente porque no contamos con elementos ciertos o concretos para determinar los montos referidos, o incluso podemos recurrir a la equidad para disminuir el monto de la obligación resarcitoria, cuando el peso de éste, resulta por alguna circunstancia, evidentemente injusta para el obligado o responsable.

Casos de aplicación de la equidad en la determinación de los daños o del monto de la obligación resarcitoria tenemos por ejemplo en los daños al medio ambiente en donde por “... las grandes magnitudes económicas a que con frecuencia conducen estos daños, se justifica una cierta postergación del principio de la reparación íntegra, para pasar a tomarse como criterio de referencia el ya apuntado de *reparación de equidad*”²⁹³. Igualmente para la determinación del monto del daño cuando no se cuenta con los elementos necesarios, se puede recurrir a la equidad, así por ejemplo, “La Ley Italiana, del 8 de agosto de 1996, sobre Daños de Contaminación Ambiental, dispone que cuando

positivista, en el origen del derecho, y enraíza en la filosofía jurídica de la Constitución Nacional, que se expresa bellamente en su preámbulo cuando destaca como fuente del derecho positivo a la razón y a la justicia (derecho natural) y como fuente de la razón y de la justicia, a Dios (ley divina). La equidad hace que la justicia general se adecue al caso concreto. El artículo 907 traduce como principio equitativo el de la solidaridad humana, por el cual todos los seres humanos son copartícipes del infortunio o de la fortuna de los otros, acentuándose esa coparticipación según las relaciones que los vincula.

De entre éstas hay una relación de gran importancia, y es la que fundamenta el artículo 900 del Código Civil: **La Proximidad**. La prédica concreta de Cristo apuntó siempre a cuidar del próximo, del prójimo, de aquél a quien veo y con quien vivo”. Y en base a este razonamiento se establecen grandes sumas indemnizatorias a favor de las víctimas. OLSEN A. Ghirardi: *“El Razonamiento Judicial”*. Academia de la Magistratura, Lima, 1997. p. 91.

²⁹³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: Ob. Cit. p. 59.

no sea posible una exacta cuantificación del daño, el Juez determinará su montante por “Vía de Equidad”, teniendo en cuenta la gravedad de la culpa individual, el costo necesario para el restablecimiento de la situación anterior y el provecho conseguido por el transgresor a consecuencia de su comportamiento lesivo a los bienes ambientales. También se aplica el mismo criterio en la responsabilidad civil del fabricante o ‘por productos’²⁹⁴. Igualmente, en la apreciación del daño y la determinación del resarcimiento por daños morales o extrapatrimoniales, será el Juez quien determine su cuantía, y para hacer esta determinación hará una apreciación equitativa de los hechos, sus circunstancias y sus efectos.

3.5.5. EL RESARCIMIENTO, REPARACIÓN O INDEMNIZACIÓN

Como ya hemos indicado, en general resarcir significa trasladar el peso económico del daño, de la víctima al responsable²⁹⁵. Realizar el resarcimiento implica cumplimiento de la obligación resarcitoria; es decir que la prestación contenida en la obligación se haya ejecutado; para lo cual es necesario que exista un factor de atribución de responsabilidad respecto al agente, es decir un fundamento que justifique el desplazamiento del peso económico del daño, del agraviado al responsable.

El Resarcimiento no tiene como objetivo la sanción del culpable -situación que en razón a su interés público queda a cargo del Derecho penal y administrativo en su caso-, sino fundamentalmente la reparación del daño ocasionado a la víctima, quien ha sufrido un detrimento o menoscabo en sus bienes personales o materiales por acción de la conducta dañosa. Eventualmente el resarcimiento también tiene finalidades preventivas de determinados tipos de daños. Con el resarcimiento se logra el equilibrio jurídico quebrado por el hecho causante del daño. Es por ello que se dice que a través del resarcimiento se pone a la “... persona en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización”²⁹⁶. “El resarcimiento consiste en la prestación a favor del perjudicado de una suma de dinero (...) adecuada para asignar una situación económicamente equivalente al valor del bien

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* p. 43.

²⁹⁶ OSTERLING PARODI, Felipe: “*Indemnización de daños y perjuicios*”. En Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cuzco, Lima, 1985, p. 397.

comprometido”²⁹⁷. Sin embargo, hay que considerar que el resarcimiento va más allá de la apreciación puramente económica del daño y es posible la indemnización por daños de carácter no patrimonial, resarcimiento que en última instancia también tiene una connotación patrimonial, habida cuenta que el dinero es el que sirve como medida general del valor de todos los bienes; así por ejemplo: la indemnización por daño moral, finalmente se traduce en una suma de dinero. Excepcionalmente el resarcimiento puede referirse a alguna otra forma específica o prestación concreta, como el supuesto del desagravio público en casos de injurias o difamaciones.

Por tanto, generalizando podemos decir, que el resarcimiento consiste en la ejecución de una prestación (sea suma de dinero o cualquier otro bien o la observancia de determinada conducta compensatoria o desagraviante²⁹⁸) a favor del perjudicado, equivalente al valor del bien o derecho comprometido por la conducta dañosa; propendiendo a equilibrar los derechos o intereses de la víctima, de manera tal que se subsanen los efectos producidos por el daño. Es decir, busca poner al agraviado en una situación equivalente a la que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso.

3.5.5.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO AL RESARCIMIENTO

Se ha discutido si el derecho del agraviado al resarcimiento o a la indemnización, es el propio derecho subjetivo violado o un derecho nuevo; habiéndose llegado a determinar que ambos derechos tienen un objeto distinto, pese a su equivalencia; por lo que se entiende que al cambiar el bien u objeto sobre el que recae la facultad del sujeto o titular, lleva consigo el cambio de la esencia del derecho. En el daño contractual, el derecho al resarcimiento se puede considerar simplemente como evolución o transformación del derecho de crédito violado, pudiendo considerarse al resarcimiento como una transformación que corresponde a la modificación del elemento objetivo del derecho. En cambio en la responsabilidad extracontractual, y por tanto, la proveniente del delito, es evidente que se trata de un derecho nuevo y distinto del derecho

²⁹⁷ DE CUPIS, Adriano: *“El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”*. Bosch, Barcelona, 1975, 748,

²⁹⁸ “La reparación puede tener también un carácter inmaterial y consistir en pedir disculpas o perdón, o en mantener una conversación tendente a conseguir la reconciliación (art. 2º del Proyecto alternativo alemán)”. CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. T. I, Tecnos, Madrid, 2000. p. 39.

violado²⁹⁹. Así por ejemplo, es distinta la obligación resarcitoria y la correspondiente prestación a favor de los deudos, del derecho a la vida en el caso de un delito de homicidio.

“El derecho al resarcimiento, es siempre un derecho relativo, que se dirige únicamente contra la persona del responsable. Es un derecho patrimonial, dado a que está destinado a encontrar su adecuada expresión cuantitativa en la posterior liquidación; sólo muy excepcionalmente podrá tratarse de la ejecución de una prestación inapreciable en dinero. Es un derecho transmisible y renunciable, en cuanto es un derecho de orden privado (no afecta al orden público), el titular del derecho puede renunciar a él o transmitirlo”³⁰⁰.

3.5.5.2. FORMAS DE LA PRESTACIÓN RESARCITORIA

En cuanto a las formas de la prestación resarcitoria no hay uniformidad en la doctrina ni en la legislación comparada, ya que existen códigos que consideran que el resarcimiento debe hacerse en especie (*in natura*) y en dinero, tal es el caso de los códigos Alemán, Soviético, Austriaco, etc. Y otros que consideran que el resarcimiento debe hacerse fundamentalmente en dinero, pero facultan a la víctima del daño a solicitar opcionalmente el resarcimiento *in natura*, como el código Italiano; a la vez que existen otros códigos que sólo consideran la indemnización en dinero, como por ejemplo el código de Vélez Sarfield. Finalmente, hay otros códigos que no mencionan el problema, tal como la hace el código español.

En Francia, aunque el Código Civil Francés no establece expresamente la admisión de la reparación *in natura*, jurisprudencialmente se admite el derecho de la víctima de exigir este tipo de reparación.

En general, en nuestro Código Civil se ha establecido que la indemnización por daños y perjuicios siempre se traduce en la entrega de una suma de dinero, tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual. No obstante, no parece existir mayor fundamento para que el agraviado se niegue al resarcimiento *in natura*, si el

²⁹⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “*El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX*”, En: Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Libro Homenaje a Alterini, A. Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 16.

³⁰⁰ DE CUPIS: *Ob. Cit.*: p. 777.

obligado se lo ofrece. En este sentido, en la responsabilidad civil en general, será la jurisprudencia la que determine finalmente si es o no posible la indemnización *in natura* dentro del ordenamiento jurídico peruano. Sin embargo, en el caso de la responsabilidad civil proveniente del delito, el artículo 93° del Código Penal, que para el presente trabajo resulta ser norma especial, considera como una de las formas indemnizatorias o parte integrante de la reparación, a la restitución del bien o bienes objeto del delito; con lo que se admite expresa y normativamente la reparación *in especie*; a la vez que también se puede considera a la compensación, tal como se indicó líneas antes.

a) Reparación en especie o in natura

Consiste en la reposición de la cosa al estado en que se encontraba antes del hecho dañoso; ésta borra el daño, hace que éste desaparezca. Es el restablecimiento de la situación originaria. Si el perjudicado ha sido despojado de la posesión de una cosa, no sólo habrá que devolverla, sino también reintegrar los provechos que entre tanto pudieron obtenerse de ella; en caso de daño -o deterioro- a la cosa, el perjudicado puede exigir su reparación por cuenta del responsable.

En la doctrina suele llamarse: *reposición, restitución, resarcimiento in natura, reintegración en forma específica*, etc. y puede abarcar la restitución de la cosa sustraída ilícitamente; la restitución de la cosa destruida, por otra de su mismo género; la eliminación de todo lo ilícitamente hecho; la pública retracción de parte del ofensor en caso de injuria o difamación; así como también la entrega o devolución de los frutos o rentas que el bien hubiera producido durante el tiempo que permaneció en poder del agente. En realidad, la reparación en especie, sería la forma ideal de reparación; o como refiere DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “... no cabe duda que ésta es la forma natural y primera de indemnización”³⁰¹; pero presenta problemas cuando por ejemplo el bien dañado es usado y no se puede devolver el mismo bien, por lo que la devolución o entrega de uno nuevo supondría un enriquecimiento de parte de la víctima, o cuando el costo de la reposición del bien resultara demasiado oneroso para el responsable, etc. Frente a estas situaciones es preferible la indemnización pecuniaria.

³⁰¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. “*La Responsabilidad Civil*”. p. 321.

Por otro lado, y específicamente en el marco de nuestro Código Penal, se establece que la **restitución del bien** forma parte de la reparación civil, esto es del resarcimiento; de donde se desprende que dicho código considera como una de las formas de resarcimiento o como parte del mismo, a la reparación en especie o in natura, considerando incluso como forma preferente respecto a la reparación pecuniaria, al considerarlo en su artículo 93° como el primer componente de la reparación civil. Cabe precisar sin embargo, que a lo largo del presente trabajo venimos manejando el concepto de resarcimiento, reparación o indemnización como, conceptos sinónimos.

En el campo de la responsabilidad civil contractual funcionan otros criterios adicionales vinculados a la sanción de nulidad o ineficacia de determinados actos frente al titular de la obligación resarcitoria, los que ordinariamente no resultarían de aplicación en el caso que nos ocupa, sin embargo, excepcionalmente pueden presentarse casos en que para lograr el equilibrio o vuelta de las cosas a su estado anterior a la causación del daño se deben declarar este tipo de sanciones jurídicas, tales son los casos de simulaciones contractuales configurativos de los delitos de estafa o defraudación, de fraude en la administración de personas jurídicas, u otros delitos similares, en los mismos que sin problema alguno deben aplicarse estos criterios de carácter reparatorio³⁰².

b) Reparación en dinero

En contraposición al resarcimiento in natura o restitución, que está orientada a crear una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de la

³⁰² En la responsabilidad civil contractual puede “darse el caso de que el daño resulte de los efectos de un negocio jurídico, en estos casos el remedio es la anulabilidad, la nulidad, la rescisión o la resolución según sea el caso; los cuales gozan de individualidad propia; si bien todos operan en el mundo negocial, también están dirigidos a crear una situación correspondiente a la anterior, por lo que tiene una función restitutoria y en consecuencia su acercamiento a la función específica puede efectuarse con toda propiedad”. DE CUPIS: **Ob.Cit.:** p. 815.

La nulidad del negocio, al reconocer la situación perjudicial, satisface el interés del sujeto mediante la restitución al estado anterior.

Lo mismo sucede con la rescisión del contrato materializado en estado de peligro o necesidad, por cuanto remueve la situación de daño correspondiente al contrato concluido en condiciones inicuas.

En el caso de la resolución, el daño no afecta al negocio hasta después de haber sido formado, por lo que al sobrevenir un hecho (incumplimiento) se altera el equilibrio contractual.

Este daño se despeja por la resolución del contrato por medio de la cual se elimina la relación obligatoria. En la acción revocatoria también puede verse un carácter resarcitorio.

producción del daño, la reparación en dinero está orientada a crear una situación *económicamente* equivalente a la que comprometió el daño producido. “Consiste en hacer que ingrese al patrimonio de la víctima un valor igual a aquél del que ha sido privada. *No se trata ya de borrar el perjuicio sino de compensarlo*”³⁰³.

Sólo el dinero posee el valor de cambio absoluto; permite compensar siempre el daño producido, por que pone a la víctima en la posibilidad de procurarse los bienes o las satisfacciones que considere más adecuados para reemplazar lo perdido.

La indemnización en dinero tiene por objeto compensar la diferencia que a consecuencia del hecho dañoso existe entre el patrimonio del perjudicado tal como es actualmente y como sería si el hecho dañoso no se hubiera realizado. La indemnización dineraria o pecuniaria puede llevarse a cabo de diversas formas aunque siempre consista en la entrega al perjudicado de una suma de dinero correspondiente a la medida del daño. Estas formas pueden ser: la entrega de una suma de dinero, la entrega de un capital que produzca una renta a favor del perjudicado o una renta vitalicia; quedando a la discrecionalidad del Juez y de la víctima.

b) Resarcimiento por daño a la persona

Para efectos del resarcimiento, un punto que no encaja cabalmente ni en la reparación *in natura* ni en la pecuniaria, así como tampoco en el daño material o patrimonial ni en el extrapatrimonial o moral, es el llamado daño a la persona, referido en el artículo 1985° de nuestro Código Civil, como un componente de la indemnización o resarcimiento, tal como hemos hecho referencia al hablar de los tipos de daños.

Tradicionalmente se ha dividido a los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales, determinado éste último fundamentalmente por el daño moral, es decir, el daño consistente en el sufrimiento, dolor o afección intensa que es de naturaleza subjetiva o constituye una afectación al espíritu³⁰⁴. Estos daños no son apreciables en dinero³⁰⁵.

³⁰³ MAZEAUD, Henri, León y Jean “*Lecciones de Derecho civil. La responsabilidad civil. Los Cuasi contratos*”. Ediciones Jurídicas Euro-América, Buenos Aires, 1960, p.396.

³⁰⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ: *Ob.cit.* p. 232. BUERES: *Ob. Cit.* p. 304.

³⁰⁵ No obstante, la indemnización de estos daños extrapatrimoniales, es de naturaleza pecuniaria o patrimonial, con lo que se cae en el contrasentido de reparar patrimonialmente lo que por esencia no tiene esta naturaleza. Este hecho al parecer estaría orientado por el deseo de venganza de la víctima (al decir de De Trazegnies) y también por la aspiración retribucionista de la sociedad; por lo que dicha indemnización pareciera funcionar más como

FERNÁNDEZ SESSAREGO señala que “... el daño a la persona se refiere a todas aquellas múltiples situaciones en las cuales el sujeto, por sufrir una lesión en su integridad sicosomática, está normalmente sometido a consecuencias no patrimoniales que inciden sobre la persona considerada en sí misma”³⁰⁶. Sin embargo, esta definición aún es difusa a pesar de que nuestro Código Civil lo legisla en su artículo 1985, pues, en la misma doctrina habitualmente suele discutirse la naturaleza de estos daños³⁰⁷, ya que no aparecen con un contenido específico propio; más bien, estarían integrados, en general, por situaciones de contenido no patrimonial y otras de contenido patrimonial³⁰⁸; en este caso, las primeras se pueden asimilar dentro del daño moral o extrapatrimonial y las segundas en el daño material o patrimonial; pues, éstas últimas a pesar de lesionar los derechos de la persona, tendrán una connotación económica en última instancia. Con la introducción de los ‘daños a la persona’ se pretende introducir una tercera categoría de daños resarcibles, generándose una discusión estéril, que más

una sanción al responsable, que como la reparación o resarcimiento a la víctima. Esta situación genera una contradicción jurídica, ya que según la doctrina y la general convicción de los juristas, la indemnización de los daños y perjuicios en el campo civil tiene como centro a la víctima del daño y su fundamento y finalidad es la reparación del daño y no la sanción al responsable, por lo que esta situación constituye una incoherencia sistemática del ordenamiento jurídico. Es por ello que el proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil consideraba la indemnización pecuniaria del daño moral sólo excepcionalmente, por considerar su autor que lo “Extrapatrimonial es por definición algo no medible en dinero, por lo que tampoco es reparable con dinero, por que ambos conceptos pertenecen a un orden de cosas diferentes”. DE TRAZEGNIES: *Ob. Cit.* p. 110.

Esta posición es la establecida por los Códigos Civiles Alemán y Suizo, y la legislación civil Italiana que disponen la indemnización del daño moral sólo cuando el hecho dañoso constituye delito; con lo que se evidencia la cercanía de la indemnización por daños morales o extrapatrimoniales con las sanciones jurídicas (penales o administrativas). Resultan congruentes con la duda de la indemnización pecuniaria del daño a la persona, las ideas de LARENZ, quien sostiene que “todo aquello que produce a la persona un dolor corporal o moral o le ocasiona indignación o mortificación, le afecta quizás más intensamente que el menoscabo patrimonial, pero no puede ser expresado mediante una suma de dinero, no compensado con la misma. Al perjudicado en este caso sólo es posible concederle una especie de satisfacción en forma de compensación económica, fijada según la equidad que representa al menos una compensación indirecta por la injusticia sufrida, en cuanto le confiere la posibilidad de aplicarla a su arbitrio. Excepcionalmente puede reclamar el dinero del dolor, aquél que ha sido lesionado por otro en su cuerpo, salud o libertad”. LARENZ, Karl: “*Derecho Civil. Obligaciones*”. T.I. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 129 y 130.

³⁰⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: “*El Daño a la Persona*”. En Libro Homenaje a José León Barandiarán. Editorial Cusco, Lima, 1985, p. 185.

³⁰⁷ Al respecto BUERES citando a DE TRAZEGNIES GRANDA, refiere: “Acerca de la expresión ‘daño a la persona’, el jurista peruano De Trazegnies Granda (que ha prestado mucha atención al tema de la responsabilidad civil), dice que se trata de una posible creación de la Comisión Revisora, no aclarada en debida forma. Puede ser que se refiere a los daños ocasionados a los derechos personalísimos, como por ejemplo la intimidad (...) pero el citado autor (a nuestro juicio con todo acierto) pone en duda que este híbrido, como él lo califica, no pueda incorporarse a las categorías del daño emergente o del lucro cesante o, en su caso, del daño moral”. *Ob. Cit.* p. 311.

³⁰⁸ “... la distinción entre daños a la persona, daños a las cosas (o a la propiedad), daños económicos, daños morales, que entre nosotros (ordenamiento italiano) sirve sólo para aclarar el contexto en el cual el daño se desarrolla mientras en *common law* absuelve una función más relevante, en cuanto surge como criterio selectivo de los daños resarcibles”. ALPA *Ob. Cit.* p. 518.

que contribuir a esclarecer el problema de la reparación de los daños y propender a una adecuada reparación, no tiene incidencia alguna desde el punto de vista del resarcimiento. Pues el ámbito hacia el cual están dirigidos el supuesto objeto de estos daños, ya está cubierto por el concepto genérico de daño moral, y en los casos que la conducta dañina afecta a los derechos de la persona, como la libertad, la integridad física, etc., estas afectaciones configurarían, o bien daños patrimoniales o bien daños extrapatrimoniales (morales), no quedando lugar para una tercera categoría.

Al respecto Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, quien luego de analizar debidamente este tema, al cual ha dedicado varios de sus autorizados trabajos, refiere: “La preocupación por los daños a la persona ha generado una abundancia de rótulos, que molestan y dificultan la comprensión. Esta llamada ‘guerra de etiquetas’ se parece a una torre de babel, donde todos aluden a las mismas cosas con palabras diferentes. Los juristas discutimos demasiado sobre terminologías, con olvido de los problemas prácticos que plantean. Importa la efectividad y no tanto cómo se logre, en el sentido que, cualquiera sea la técnica elegida, deben satisfacerse las finalidades del Derecho de daños: la indispensable y urgente prevención de los daños a las personas y que se confiera un resarcimiento justo. Los daños a la personas versan sobre los menoscabos que se infieren a su vida, integridad psicofísica, intangibilidad espiritual y proyección social. Sin embargo, el daño resarcible no reside propiamente en esos menoscabos sino que versa sobre las concretas repercusiones, económicas o espirituales, de dicho tipo de lesiones. Así pues, una lesión a la persona puede afectarla económicamente (daño patrimonial) y una lesión a su patrimonio puede perjudicarla espiritualmente (daño moral)”³⁰⁹. En este mismo orden de ideas, de modo categórico, Alberto BUERES, afirma: “Creemos que las pregonadas autonomías de los llamados daños estéticos, psíquico o a la vida de relación, dimanen –como ya insinuamos- de una incorrecta conceptualización del daño en sentido jurídico, pues se apunta a los bienes menoscabados (la integridad psicofísica, en estos supuestos) y no a los intereses conculcados”³¹⁰. Siendo así, los llamados daños a la persona, podrán apreciarse en su mayor parte conforme a los criterios de los daños patrimoniales y los que no pudieran apreciarse de este modo, lo serán conforme al prudente arbitrio del Juez, en aplicación

³⁰⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Ob. Cit.* p. 142 y 143.

³¹⁰ BUERES, Alberto: *Ob. Cit.* p. 315.

de los criterios que orientan la determinación de los daños morales. Las cuestiones que a pesar de lesionar los derechos de la persona, tengan una connotación económica en última instancia, serán tratados como lo que efectivamente son, daños patrimoniales, y quedarán sujetos a la prueba de su existencia, del que sostiene haberlos sufrido y pretende su reparación.

Pese a estos criterios anotados por ZAVALA de GONZALEZ y BUERES, respecto al llamado daño a la persona, que creemos es la posición lógica y sistemáticamente correcta (en igual sentido se ha pronunciado DE TRAZEGNIES en nuestro medio), existe otra posición en la doctrina, la misma que considera que estos daños tienen contenido propio y trascendente dentro del sistema de responsabilidad civil, tal es el caso de la posición sostenida por MOSSET ITURRASPE y otros autores argentinos y entre nosotros Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO y sus seguidores, quienes además, han dado carta de ciudadanía a los llamados *daños biológicos*³¹¹. Pero en definitiva, para efectos del resarcimiento o reparación, estas abstracciones jurídicas no tienen mayor importancia práctica, por que el resarcimiento siempre se ejecutará mediante una pretensión *in natura* o pecuniaria, cuya magnitud y entidad serán determinados conforme a los criterios seguidos en los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales según sea el caso, no existiendo otras posibilidades resarcitorias; por lo que estas diferenciaciones resultan irrelevantes; pues en el campo de la responsabilidad civil lo que interesa es el resarcimiento del daño, y consecuentemente, sólo será importante la argumentación o teorización orientada a su efectiva materialización, resultando innecesarias y contraproducentes las abstracciones teóricas, que aun cuando puedan constituir “hermosas declaraciones dogmáticas o de principios” no aportan mayores elementos para viabilizar la reparación del daño.

3.5.5.3. VALUACIÓN DEL RESARCIMIENTO

El principio general que tradicionalmente rige en cuanto a la valuación del resarcimiento o indemnización, es el de la *reparación plena o integral*³¹², consistente en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado; como indica

³¹¹ “Es considerado daño biológico, aquél sufrido por el cónyuge, privado de la posibilidad de mantener normales relaciones sexuales con su **partner** dañado por terceros y convertido en inhábil para la cópula”. Finalmente, también se habla de “el daño estético, el daño a la vida en relación al daño sexual o el daño a la vida familiar”. ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Ob. Cit.* p. 22.

³¹² DE TRAZEGNIES GRANDA: *Ob. Cit.* p. 16.

DE ANGEL “... siempre hemos dicho que la producción de un daño obliga a su autor a su reparación íntegra. Por expresarlo de otro modo, la función reparadora de la responsabilidad civil se traduce en la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima todas las consecuencias que aquél acarrea”³¹³. Asimismo, la magnitud del daño reparable en general debe corresponder a la importancia del perjuicio; los daños y perjuicios, conforme a la doctrina, se miden por el menoscabo sufrido, no en consideración a la magnitud de la culpa o de cualquier otro factor de atribución de responsabilidad, aun cuando nuestro Código Civil en su artículo 1983° establece que el Juez puede determinar la proporción del daño que corresponde hacer frente a cada uno de los partícipes, cuando son varios los responsables, según ‘la gravedad de la falta de cada uno’. Pues la indemnización no constituye una pena, sino “.. la remoción de la causa del daño y la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo o el pago de una suma pecuniaria que juega a modo de valoración o ‘precio’ del daño ocasionado”³¹⁴, y por tanto, no puede basarse en la culpabilidad sino en la relación de causalidad entre el acto dañoso y el daño, así como en la entidad y real magnitud de este último. Sin embargo, los jueces suelen impresionarse muy fácilmente con la gravedad de la culpa, sobre todo tratándose del daño moral, el cual es más difícil de evaluar, en cuyo caso determinan el monto del daño en relación directamente proporcional al grado de culpa o dolo del agente.

“Conforme a este sistema o principio de la reparación integral, el deudor debe reparar todos los daños: los previstos, los previsibles, incluso los imprevistos y los imprevisibles (excepcionalmente); así como los daños directos e indirectos. Este sistema equipara la falta contractual a la delictual (...) para este sistema basta que exista una relación de causalidad adecuada entre la violación (incumplimiento y retardo) y el resultado”³¹⁵. Para obligar al causante, a la indemnización, es necesario “... que el efecto sea adecuado a la causa. El hecho causante de la responsabilidad debe ser apto para producir el daño imputado. El daño debe ser previsible dentro de las circunstancias normales y naturales de cada caso. No habrá causalidad si el perjuicio aparece ya por la

³¹³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: “*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*”. Civitas, Madrid, 1995, p. 55.

³¹⁴ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, RICARDO: “*La responsabilidad civil*”. p. 321.

³¹⁵ PALACIO PIMENTEL, Gustavo: “*La obligación en el Derecho civil*”. Editorial Cuzco, Lima, p. 914.

interferencia de circunstancias extraordinarias”³¹⁶. Aun cuando en la práctica, resulta imposible borrar totalmente las huellas del daño, pues, sus efectos no desaparecen por el pago de una indemnización, por eso la reparación es muchas veces sólo una compensación.

Al igual que en la indemnización de daños y perjuicios provenientes de la inexecución de obligaciones contractuales, el monto de la obligación resarcitoria proveniente de responsabilidad extracontractual o de acto constitutivo de delito, está integrado por la magnitud del perjuicio efectivamente causado, comprendiendo: el daño material, sea como daño emergente o lucro cesante, sean estos presentes o futuros; directos o indirectos; asimismo formará parte del contenido indemnizatorio el daño moral y adicionalmente el daño a la persona, según lo dispuesto por el artículo 1985° del Código Civil en concordancia con el artículo 93° del Código Penal.

Sin embargo, por razones de equidad, muchas veces se flexibiliza el principio de la reparación integral, y pueden dejarse sin reparación determinados daños, como por ejemplo los daños ocasionados por delitos contra el medio ambiente;. En este sentido De ÁNGEL YÁGÜEZ hace referencia que en la Reunión del 18 y 19 de marzo de 1994, en la Universidad de Tilburg - Holanda, “... se discutió si el principio de la reparación íntegra debería ser objeto de restricción, bien en general, bien en áreas específicas. Se dejó constancia que el significado de *ful compensatiion* está lejos de ser claro (...) y que un primer momento consistiría en establecer el montante de la cuantía del daño, y el segundo en incidir si todos los daños deben ser compensados”³¹⁷.

Respecto al *daño a la persona* cabe mencionar, como ya se dijo antes, que a nuestro parecer, este concepto no resulta claro ni con contenido propio, pues cuando se atenta contra un derecho de la persona, el perjuicio ocasionado se asimila tanto a los daños materiales o patrimoniales así como los daños morales o extrapatrimoniales, no quedando lugar, en cuanto al resarcimiento, para una tercera categoría de daños³¹⁸; amén de que la denominación de daño moral puede ser variada por alguna otra

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ DE ÁNGEL: “*Algunas Previsiones ...*”. pp. 55 y 57.

³¹⁸ En sentido similar se pronuncia BUERES, Alberto J.: “*Derecho de Daños*”. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 308 y ss.

denominación, pero sin crear innecesariamente otra entidad de daños, que pudieran generar confusiones sistemáticas dentro de la responsabilidad civil en general. Distinto es que dentro de los daños extrapatrimoniales o morales, se los considere como especial categoría a estos daños; a la vez que también se puede comprender dentro de los daños patrimoniales, determinados daños producidos a la persona, siempre y cuando puedan evaluarse patrimonialmente; pues, con un criterio en este sentido, se podrán aplicar sin ningún problema los criterios propios de este tipo de daños, para evaluar su existencia y magnitud, y de este modo se podrá propender a su efectivo resarcimiento. También en cuanto a este tipo de daños -daño a la persona-, el principio de la reparación integral o *full compensation*, así como la compensación objetiva está lejos de ser una realidad.

Los propios derechos de la persona, en el fondo tienen un contenido patrimonial, como por ejemplo la propia vida y las aptitudes personales tienen un valor económico consideradas como fuentes de ventajas personales para el sujeto o para otros³¹⁹.

Cierta jurisprudencia argentina va más allá, y afirma que la vida humana representa por sí misma un valor económico, esto es con independencia de lo que produzca o pueda producir. Tesis desarrollada para los supuestos en que las víctimas son niños o ancianos que ya han pasado el período de actividad productiva. Aun cuando en sentido contrario se pronuncian autores importantes como MOSSET ITURRASPE en Argentina y entre nosotros Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO y sus seguidores como ESPINOZA ESPINOZA, quein refiere que “... debido al ingreso per cápita del ciudadano promedio, no podemos afirmar cínicamente que la vida vale menos en realidades como la que vivimos. Sin lugar a dudas el *quantum* será menor que en otras latitudes más desarrolladas, pero el valor de la vida humana es independiente de la cuantificación económica que se le pretenda (o como en nuestro caso se le pueda) otorgar”³²⁰. Sin embargo, con esta última opinión (aun cuando subjetivamente se hace una ‘romántica’ valoración de la vida) si nos quedamos con este criterio de valoración, estaríamos negando el resarcimiento por daños ocasionados al quitar la vida a una persona, lo que resultaría más inicuo y desatinado que reconocer un criterio de valoración económico capaz de orientarnos a la determinación del resarcimiento. Pues

³¹⁹ ORGAZ, citado por De Trazegnies: *Ob. Cit.* p. 17.

³²⁰ ESPINOZA ESPINOZA: *Ob. Cit.* p. 26.

una cosa es la vida como ‘valor en general’ y otra muy distinta es la reparación del daño ocasionado al afectar la vida de determinada persona, ya que al no ser susceptible de reparación este daño a la vida, no queda otra alternativa que recurrir a la medida universal del valor, es decir al dinero; una prestación dineraria en general constituirá, por lo menos, una compensación, distinta de un ‘consuelo’ subjetivo que implicaría la ‘reparación’ recurriendo a criterios no patrimoniales, los cuales de ninguna manera podrían integrar una forma reparatoria del daño.

Llambías, por su parte sostiene “... la vida humana no tiene un valor per sé, sino en consideración a lo que produce o que puede producir (...) lo que se llama elípticamente valoración de la vida humana (...) no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran depositarios de todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante de que esta fuente de ingresos se extingue”³²¹. Con lo que lleva a extremos la valoración económica de la vida.

Finalmente, respecto a este punto podemos decir que, lesionar la integridad física del individuo tiene más incidencia económica que moral; pues la afectación de la integridad física implica que el damnificado tiene que hacer frente a gastos en atención médica, medicina, etc.; además de que la afectación de la capacidad productiva o laboral del damnificado, necesariamente tendrá un contenido económico; lo que sí tendrá necesariamente un contenido moral o extrapatrimonial, es el sufrimiento por frustración de una expectativa de vida o de modo de vida.

Con lo expuesto no se pretende decir que los derechos de la persona no tienen valor alguno, muy por el contrario, somos conscientes de su elevado contenido axiológico, únicamente pretendemos establecer que el ataque a estos derechos produce mayormente daños patrimoniales, y por tanto su resarcimiento deberá hacerse precisamente aplicando los criterios de valuación del daño patrimonial; y los daños que no pudieran apreciarse pecuniariamente podrán ser apreciados conforme al criterio vigente para la determinación de los daños morales, no quedando, en consecuencia, ámbito para el resarcimiento del llamado ‘daño a la persona’; de no ser como subespecie de daños extrapatrimoniales o patrimoniales según sea el caso.

³²¹ LLAMBÍAS, citado por O. Ramírez en: “*Indemnización de daños y perjuicios*”. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 142.

En el ámbito de la responsabilidad civil proveniente de un hecho delictivo, prima también el principio de la reparación integral; considerando para estos efectos no sólo la responsabilidad que surge de un factor de atribución subjetivo sino también de los factores objetivos de atribución de responsabilidad. Consecuentemente, también el resarcimiento del daño deberá determinarse de conformidad con el artículo 1985° del Código Civil, como norma supletoria del artículo 93° del Código Penal.

3.5.6. CONCLUSIONES

1. Normalmente, para que un daño quede sujeto a la responsabilidad civil, y por tanto sea objeto de resarcimiento, tiene que ser un daño antijurídico, es decir ilícito o contrario al Derecho; sin embargo, este aserto se corresponde a los supuestos de responsabilidad civil, cuyo factor de atribución es la culpa o el dolo (factores subjetivo). En cambio, cuando se trata de supuestos sujetos a un factor de atribución objetivo de atribución, el hecho sujeto a responsabilidad puede no ser antijurídico, tales son los casos de responsabilidad por riesgo, por solidaridad o por garantía de reparación.
2. Estando a la clasificación mayoritaria de los daños en materiales o patrimoniales y morales o extrapatrimoniales, los llamados ‘daños a la persona’, como categoría propia de la responsabilidad civil, aun cuando están previstos en nuestro ordenamiento, no están debidamente definidos ni aportan un criterio funcional útil para el resarcimiento del daño, por el contrario, al pretender crear criterios que no se encuadran en los daños materiales ni en los daños morales (respecto a los cuales existe unanimidad sobre su forma y valuación), generan confusiones que repercuten negativamente en el logro de la finalidad propia de la responsabilidad civil (el resarcimiento).
3. La relación de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual se rige por la teoría de la *causa adecuada*, no existiendo impedimento para complementarse con otros criterios provenientes de otras teorías. En la responsabilidad contractual, nuestro Código Civil se ciñe a la teoría de la *causa próxima*.
4. Los factores de atribución de responsabilidad civil son subjetivos (culpa y dolo) y objetivos (riesgo creado, solidaridad, garantía y equidad). En casos de

responsabilidad de terceros los primeros, dada su mayor intensidad en el reproche, pueden desplazar a los segundos, quedando estos últimos únicamente como criterios de responsabilidad subsidiaria, (los hechos sujetos a estos últimos - factores objetivos- inclusive pueden ser lícitos).

5. Los factores objetivos de atribución de responsabilidad civil, se han desarrollado para lograr la finalidad y funciones de la responsabilidad civil en casos en que los factores subjetivos no son suficientes, consecuentemente siempre atribuyen responsabilidad civil, a diferencia de la imputación objetiva en el ámbito penal en que los criterios objetivos, se han desarrollado fundamentalmente para sustraer a determinadas conductas del ámbito penal.
6. El resarcimiento por los daños ocasionados se rige por el principio de reparación integral, debiendo considerarse el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral, el daño a la persona, y los demás daños resarcibles que se hubieran causado, inclusive el daño por pérdida de chance.

3.6. RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE UN DELITO

La responsabilidad civil proveniente del delito, tiene como fuente al hecho delictivo (delito o falta); a diferencia de la responsabilidad contractual, en las acciones delictivas no existe una vinculación previa entre al agente o responsable civil y la víctima o agraviado, éstos resultan vinculados por primera vez con la comisión del hecho delictivo causante del daño. Consecuentemente, al causarse un daño a través de estas acciones, se infringe el principio general de no causar daño a nadie. Siendo así, este tipo de daños comparte la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, los daños causados por el delito, que dan origen a la llamada reparación civil, constituyen una especie de responsabilidad extracontractual, la que en este caso resulta ser el género. Debiendo precisarse que el hecho de que la acción delictiva quede además, sujeta a la responsabilidad penal, no cambia para nada la naturaleza de la reparación civil, la única particularidad en este caso, es la forma como se va a exigir judicialmente la realización o ejecución de la reparación y la autoridad ante la cual se va a exigir. Pues, tal como refiere la doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia, los bienes jurídicos pueden estar protegidos desde el ámbito civil o desde el ámbito penal y

cuando el hecho constituye delito ordinariamente queda sujeto a ambas esferas de responsabilidad (penal y civil)³²²; en este último caso, para la resolución del conflicto creado por la acción delictiva, operan ambos sectores del derecho, el penal orientado por el interés público de prevenir futuras acciones a través de la imposición de la pena y el civil orientado a satisfacer el interés privado del perjudicado a través del resarcimiento del daño.

Sin embargo, como quiera que la pretensión resarcitoria se ejercita en el proceso penal conjuntamente con la pretensión punitiva del Estado, se discute su naturaleza tanto desde la perspectiva procesal así como sustantiva, debatiéndose si se trata de *una sola relación procesal, de la concurrencia de acciones autónomas e independientes, de una acción principal y una eventual o accesoria*, o desde un punto de vista sustantivo, si la pretensión discutida en la acción resarcitoria pierde su naturaleza privada en el proceso penal para convertirse en una *consecuencia jurídico penal* o conserva su *naturaleza privada*.

En el presente trabajo, dejando de lado la naturaleza de la relación establecida entre las acciones penal y civil en el proceso penal, respecto a lo cual ya nos hemos ocupado en nuestro libro *La reparación civil en el proceso penal* (primera y segunda ediciones), abordaremos la naturaleza jurídica de la reparación civil desde la perspectiva sustantiva, refiriéndonos a los aspectos procesales únicamente en la medida que sean necesarios para ilustrar, complementar o corroborar los aspectos relativos a la naturaleza sustantiva de la reparación civil³²³.

3.6.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN CIVIL

En cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de la reparación civil o resarcimiento del daño ocasionado por el delito, se han elaborado una serie de criterios que sin haber logrado unanimidad o aceptación mayoritaria han contribuido al debate sobre el tema y han orientado el diseño de las estructuras normativas plasmadas en las

³²² “Existen bienes jurídicos que reciben tutela penal y civil, y bienes que reciben una u otra. Los dos sistemas de responsabilidad, civil y penal, en otros términos, no se pueden representar gráficamente con dos círculos concéntricos, sino como dos círculos interferentes entre sí”. ALPA: *Ob. Cit.* p. 26.

³²³ Como dice GRACIA MARTÍN, “... se trata de averiguar acerca de si la reparación podrá aún mantener y conservar sus elementos constitutivos cuando se ponga su uso a disposición y al servicio de un fin que, como el de la pena le es naturalmente extraño, o si, por el contrario, en virtud de la absorción por el sistema penal, será obligado modificar sus elementos y si, entonces, podrá aún denominarse “reparación” sin incurrir en un puro nominalismo falaz”. *“Estudios de Derecho Penal”*. Idemsa, Lima, 2004, p. 432.

diversas legislaciones. Aun cuando estos criterios o propuestas son más o menos dispares, podemos sintetizarlos clasificándolos en dos; los que vinculan a la reparación civil a las consecuencias jurídicas penales y los que la acercan o le adjudican una naturaleza privada, esto es como una especie de la responsabilidad civil extracontractual.

3.6.1.1. LA REPARACIÓN CIVIL COMO SANCIÓN JURÍDICO PENAL

Hay autores que han considerado que en sede penal la reparación civil constituye una sanción jurídico penal, la misma que cumple una finalidad propia de la pena³²⁴ y puede imponerse conjuntamente con ésta o sustituirla en algunos casos³²⁵. Esto es, han considerado a la reparación civil como una consecuencia jurídica del delito de contenido penal al igual que las penas y las medidas de seguridad. En este sentido se pronuncian Reyes Monterrel, Gonzáles Rus, Puig Peña y Molina Blázquez³²⁶; a este criterio también se refieren GRACIA MARTÍN, SILVA SÁNCHEZ y ROXIN³²⁷; en nuestro país hace referencia a esta corriente Julio RODRÍGUEZ DELGADO³²⁸. Al parecer, esta posición seguiría la línea desarrollada por MERKEL, quien hace ya muchos años,

³²⁴ “La segunda posibilidad de aproximar uno a otro el derecho penal y el derecho civil, sería la incorporación a la reparación como una sanción penal, colocada -para delitos determinados- autónomamente a lado de la pena privativa de libertad y de la multa y posible de ser impuesta, en casos apropiados, en su lugar”. SESSAR, citado por ROXIN: *“Derecho Penal. Parte General”*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, p. 143. Asimismo, HEIKE JUNG en cita de ROXIN considera “... que la aceptación de una diferencia esencial entre pena y resarcimiento del daño ha obstaculizado hasta ahora su acción concertada (...) en el sistema general de control social. Una separación de esta clase, rígida, del derecho penal y del derecho civil, no se puede, empero, mantener...” También Schöch polemiza contra ‘la separación doctrinaria de pena y resarcimiento del daño’ y piensa que ‘se debe abandonar el dogma generalizado de la incompatibilidad entre pena y resarcimiento del daño’”. ROXIN: *Ob. Cit.* p. 141.

³²⁵ En este sentido se manifiesta SESSAR, quien partiendo de la crítica a las posturas radicales considera que la reparación no debe ser una alternativa al Derecho penal, sino que debe integrarse en el mismo. En el mismo sentido SCHILD, quien prefiere llamar compensación a la reparación, dice que ésta no puede ser más que una pena. Ambos autores en cita de ALASTUEY DOBÓN: *Ob. Cit.* pp. 105 y ss. Asimismo, el último de estos en cita de SILVA SÁNCHEZ: *“Sobre la relevancia jurídico – penal de la realización de actos de reparación”*. En Estudios de Derecho Penal. Grijley, Lima, 2000, p. 228. Igual criterio esboza SCHEFFLER en cita de ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 319.

³²⁶ Citados por ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: *“Las consecuencias Jurídicas del Delito en el nuevo Código Penal Español”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 466.

³²⁷ GRACIA MARTÍN, Luis: *“Estudios de Derecho Penal”*. Idemsa, Lima, 2004, p. 431. SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 223. ROXIN: *“La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena”*. Traducción de Julio Maier y Elena Carranza. En: “De los Delitos y de las Víctimas”. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 143.

³²⁸ “En el sistema anglosajón, se aprecia cada vez más una aplicación de penas no privativas de libertad (las llamadas sanciones intermedias), en donde se potencia el uso de las multas o los días-multa, trabajo en beneficio de la comunidad entre otras sanciones semejantes. Es dentro de estas sanciones intermedias que aparece la reparación, pero no como una consecuencia accesorio de la privación de la libertad, sino como una sanción penal autónoma”. RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: *“La reparación como tercera vía en el Derecho penal”*. En: Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, San Marcos, Lima, 2003, p. 829.

sostenía que la obligación de indemnizar el daño *ex delicto*, la de restituir y la coacción directa para reponer un estado de cosas ‘sirven para el mismo fin que la pena’³²⁹; criterio que sería el mismo que manejaron FERRI y GARÓFALO desde una perspectiva positivista, tal como refiere SOLER y lo ratifica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ³³⁰.

Esta posición (reparación como ‘pena’), aun cuando es tomada en cuenta para efectos expositivos, no resulta sostenible, siendo pocos los autores modernos que la hacen suya actualmente (tal sería el caso de MOLINA BLÁZQUEZ, citado por ALASTUEY DOBÓN), ya que las diferencias que existen entre la pena y la reparación (las mismas que son admitidas ahora sin mayor discusión) resultan evidentes, por ello puede desecharse sin mayores problemas³³¹. Pues no se advierte con claridad cómo es que la reparación cumpliría una finalidad propia de la pena. Más aún, si como refiere ROXIN: “... aun partiendo desde el punto de vista de las teorías preventivas, se puede hacer valer que el efecto preventivo es igual a cero; si por ejemplo, el ladrón debiera devolver sólo la cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, sólo necesitará restituir el *status quo ante*, cesaría todo riesgo; él, por la comisión del hecho, sólo puede ganar, nunca perder, de manera tal que una limitación a la reparación aniquilaría el fin preventivo – especial de la amenaza penal. También desde el punto de vista preventivo – general la mera reparación, como reacción a las violaciones jurídicas, significaría antes bien una invitación a intentar alguna vez robar o estafar, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito”³³². Una posición de esta

³²⁹ “Por ejemplo en las lesiones corporales se atiende el dolor y la angustia producidos y el peligro en que haya podido encontrarse la vida de la víctima. También hay que atender, para determinar la cuantía de la indemnización, el aspecto subjetivo del hecho, es decir, a si se ha realizado dolosa o culposamente. La indemnización, por lo tanto, desempeña funciones de pena privada, al mismo tiempo que una función de reparación patrimonial. A favor de esta manera de concebirla, contra la que tantos ataques se han dirigido, podemos alegar el nombre mismo de la institución, el haber sido incluida en la legislación penal, el hallarse fijados para ella máximos y el haber dispuesto el § 231 del RStrG. que no dependa de la condición de la reparación patrimonial”. MERKEL, Adolf: “*Derecho Penal. Parte Geeral*”. Editorial IB de F., Buenos Aires, 2004, 241. Este criterio también es referido por Sebastián SOLER: “*Derecho Penal Argentino*”. Tomo II, Tea, Buenos Aires, 1978, p. 467.

³³⁰ SOLER: *Ob. Cit.* p. 468. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “*Derecho Penal*”. Temis, Bogotá, 1995, p. 705.

³³¹ Como se indicado líneas antes, lamentablemente desde la perspectiva del Derecho civil, también se adjudica a la reparación civil funciones preventivas y punitivas, con lo que también desde este ámbito se trata de identificar las funciones de la pena con las funciones de la responsabilidad civil, lo que evidencia que desde ambos sectores se manejan criterios totalizadores que enturbian la pureza de estas categorías jurídicas y con el sólo concurso del Derecho civil se pretende resolver todos los conflictos generados al interior de la sociedad.

³³² ROXIN, Claus: *Ob. Cit.* p. 138.

naturaleza sólo tendría cabida en una concepción que no incide propiamente en la reparación del daño específico, es decir en el daño causado a la víctima en concreto (víctima actual) sino por el contrario, que persigue satisfacer a una víctima abstracta o en potencia o a la sociedad en general, cumpliendo de este modo, fines públicos propios de la pena, que creemos, no se condice con la verdadera concepción del resarcimiento del daño.

Según este criterio, la reparación como pena, operaría aunque no se hubiera causado un daño resarcible, inclusive, no habría ningún problema para imponerla en casos de delitos de peligro o de tentativa sin resultado lesivo, pues la reparación ya no se sustentaría en el daño ocasionado sino en fines propios de la pena; en estos casos ya no se hablaría propiamente de reparación civil, sino de ‘reparación penal’, tal como lo hace SILVA SÁNCHEZ³³³.

Otra perspectiva dentro de esta misma postura, que concibe a la reparación como consecuencia de naturaleza penal, aun cuando no la ubica como una pena más, es aquella que considera a la reparación como una consecuencia a la cual se le asigna nuevos fines en el derecho penal, junto a los fines tradicionales de la pena. Este criterio tampoco aporta mayores elementos importantes al debate y tal como indican GRACIA MARTÍN, SILVA SÁNCHEZ y ROXIN, también puede ser fácilmente descartado³³⁴.

Sin embargo, la variante de esta postura, que vincula a la reparación con las consecuencias jurídico penales, que resulta importante y de actualidad en el debate doctrinario y jurisprudencial (dado el elevado nivel de argumentación y el hecho de ser sostenida, entre otros, por importantes penalistas como ROXIN y SILVA SÁNCHEZ), es la que, sin considerar a la reparación como una pena o medida de seguridad y sin atribuirle un nuevo fin en el Derecho penal, la concibe como una “*tercera vía*”³³⁵, “...

³³³ SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 230.

³³⁴ GRACIA: *Ob. Cit.* p. 432. SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 227. ROXIN: *Ob. Cit.* p. 145 y 146.

³³⁵ “Es recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida, como un “tercer carril” del Derecho penal”. ROXIN: *Ob. Cit.* p. 155. Este criterio también es asumido por CEREZO MIR: *Ob. Cit.* p. 40. Esta posición es la contenida en el *Proyecto alternativo de la reparación* en Alemania en 1992 y presentado en el quincuagésimo noveno *Deutscher Juristentag* celebrado en Hannover el mismo año, el mismo que proponía un tratamiento de la reparación civil de modo general, considerando tanto sus aspectos sustantivos así como aspectos procesales e inclusive vinculado al ámbito penitenciario. Este Proyecto, si bien constituía una interesante propuesta de integración de la reparación como tercer vía, fue rechazado mayoritariamente, citándose como uno de sus mayores críticos a Lampe. ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 75 y ss. Inclusive se ha llevado las críticas al Proyecto alternativo al extremo de considerarlo como “... un ejemplo de cómo no deben hacerle las leyes”. Crítica que se dirige no sólo en su característica extremadamente detallada y perfeccionista, sino también a sus puntos cardinales de contenido, fundamentalmente en relación con la propuesta de la sustitución

que junto a la primera y la segunda (penas y medidas), ha de contribuir a los fines convencionales del Derecho penal”³³⁶. Esto es, se atribuye a la reparación efectos preventivos, tanto desde el punto de vista preventivo general así como especial, y tal como refiere ROXIN, “... su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de vista aquí defendido, reprivatización alguna del derecho penal, promoción alguna de la reparación como una clase de pena especial, ni tampoco la introducción de un nuevo fin de la pena. La restitución es, en lugar de ello, una prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, en la medida en que lo consiga en concreto, debería sustituir a la pena o ser computada para atenuarla”³³⁷. Agrega el penalista alemán, que esta concepción de la reparación se encuadra en el marco de la “*prevención integrativa*”³³⁸ en la que constituye “... una sanción autónoma en la cual se mezclan elementos jurídico civiles y penales. Ella pertenece al Derecho civil, en tanto asume la función de compensar el daño. Empero, debe ser modificada según proposiciones de metas jurídico penales si, dado el caso, también los esfuerzos reparatorios serios habrían de ser considerados o si, en caso de delitos contra la generalidad, quizás también el trabajo de bien común pudiera ser aceptado como prestación reparatoria”³³⁹. De este modo, se asume que la reparación civil está orientada a la satisfacción de intereses públicos o sociales más que a tomar en cuenta el interés particular de la víctima; vale decir, protege a las víctimas en potencia y no a la víctima específica y actual³⁴⁰. Estos criterios tal como refiere SILVA SÁNCHEZ, tendrían como fundamento el hecho que “... en muchas ocasiones la

de la pena por la reparación. ALASTUEY DOBÓN: *Ob. Cit.* p.87. Igualmente, desarrolla el Proyecto alternativo, señalando sus principales objeciones QUERALT, Joan J.: *Víctimas y garantías: Algunos cabos sueltos*. En: Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Roxin, Editor J.M Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, p. 145 y ss.

³³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús – Maaría: *Ob. Cit.* p. 228.

³³⁷ ROXIN: *Ob. Cit.* p. 154.

³³⁸ “Para ROXIN la así llamada prevención general positiva constituye el punto de enlace. De ella se derivará como aspecto parcial, la prevención integrativa, que está orientada ‘al efecto de satisfacción que aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación al quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor’. Por eso sería posible incorporar a la reparación en el catálogo de las consecuencias jurídicas como una “tercera vía” más benigna, supletoria o complementaria de la pena, junto a las penas y a las medidas de corrección o seguridad”. Cita de Hirsch, que la descarta como válida para la determinación de la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito. HIRSCH, Hans J.: “*La reparación del daño en el marco del Derecho Penal Material*”. En: De los delitos y de las Víctimas. Ad – Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 63.

³³⁹ ROXIN: *Ob. Cit.* p.154.

³⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Ob. Cit.* p. 227.

reparación ‘*penal*’ alcanza los fines de pacificación requeridos precisamente porque es ‘*penal*’ y se dilucida en el marco de un proceso con la carga simbólica que tiene el proceso penal. Todo ello puede expresarse, en resumen, señalando que desde la perspectiva del Derecho penal, la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la víctima en sí misma: más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización. Más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; esto, lo accidental”³⁴¹.

En síntesis, tomando en cuenta los criterios esbozados por ROXIN Y SILVA SÁNCHEZ en los trabajos citados³⁴², podemos concluir que esta posición asume, fundamentalmente que:

1. La reparación cumple finalidades preventivas, específicamente la llamada “*prevención integrativa*”, por lo que puede sustituir a la pena o atenuarla en determinados casos concretos, y por tanto, tendría una naturaleza propia del Derecho penal; y sin constituir una pena o una medida de seguridad constituiría una tercera consecuencia jurídico penal, una ‘*tercera vía*’.
2. Entiende por *prevención integrativa*, aquella que consiste en una mezcla de elementos civiles y penales. Configura un elemento civil en la medida que asume la función de compensar el daño; y un elemento penal, cuando, sin haber compensado

³⁴¹ Aun cuando SILVA SÁNCHEZ desarrolla esta idea en el marco de la llamada prevención integrativa, que luego sustenta como el fundamento de una ‘tercera vía’, nos parece que este razonamiento se ubica más en una posición de naturaleza penal de la reparación.

En la doctrina nacional puede verse un amplio desarrollo y abundante bibliografía, en: RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: “*La Reparación como sanción Jurídico-Penal*”. Ed. San Marcos, Lima, 1999. Asimismo, en trabajo más reciente: “*La reparación como tercera vía en el Derecho penal*”. En: Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, San Marcos, Lima, 2003, p. 828 y ss. ha reiterado su posición respecto a la reparación como tercera vía. Sin embargo, habla de autonomía de la reparación en el marco de las sanciones jurídico penales, pero en un sistema donde se descarta la privación de la libertad como pena y se consideran como sanciones jurídico penales únicamente la limitación o restricción de derechos, las medidas de seguridad y la reparación. De lo contrario, sostiene, la privación de la libertad podrá instrumentalizarse para cobrar coactivamente las deudas. En todo ello, se aprecia un criterio claramente abolicionista, que creemos ha quedado descartado a estas alturas de la evolución del Derecho penal; más aún, nos parece que esta propuesta encerraría en sí la paradoja de considerar a la reparación, por un lado como “deuda” evidenciando su naturaleza civil, y por otro lado adjudicándole naturaleza de sanción jurídico penal.

³⁴² Igualmente en un trabajo más reciente ROXIN se pronuncia por la inclusión de la reparación civil dentro del Derecho penal. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 80. Aun cuando en otros trabajos ha indicado: “En la discusión científica todavía no se ha pensado en una cuarta posibilidad que consistiría en remplazar la punibilidad por el pago dinerario a la víctima, independientemente del daño causado”. “*Problemas actuales de Dogmática Penal*”. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Ara Editores, Lima, 2004, p.42. Lo que si bien no está referido directamente a su propuesta de la reparación como tercera vía, incide en sus ideas generales sobre la reparación civil.

el daño puede quedar resuelto el conflicto entre el agente del delito y la sociedad, en la medida que el obligado hubiese realizado esfuerzos reparatorios serios orientados al resarcimiento; asimismo, en los casos de delitos contra la “generalidad” (sociedad o el Estado), puede atribuirse calidad reparatoria al trabajo de bien común.

3. La reparación está orientada a la satisfacción de intereses públicos más que particulares.
4. La reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado.
5. La reparación tiene que ver más con la resocialización y prevención que con el pago de la obligación resarcitoria.
6. Finalmente, ya no se habla de reparación civil sino de ‘*reparación penal*’ a la que se le atribuye funciones de pacificación, al utilizar la carga simbólica del Derecho penal³⁴³.

Si bien, como refiere GRACIA MARTÍN, esta postura constituye “... la propuesta más seria y sugestiva de integrar a la reparación en el sistema penal”³⁴⁴, creemos que no contribuye al esclarecimiento y resolución del problema generado por el daño causado por el delito. Por el contrario, distorsiona la concepción propia de la reparación, que como su propio nombre lo indica, es *civil*, y le resta todo rendimiento práctico a dicha institución jurídica, al dejar de lado a la víctima real y actual del delito. Inclusive no contribuye a la pacificación al propiciar que los daños concretos y la víctima real queden sin reparar o satisfacer. Es por ello que consideramos que no resultan convincentes los argumentos de esta concepción para explicar la naturaleza de la reparación civil proveniente del delito, tal como pasamos a explicar.

Así, respecto *al primer punto* se puede sostener que, considerar a la reparación entre las consecuencias jurídico penales o atribuirle naturaleza propia del Derecho penal, implica asumir una concepción del Derecho o del Ordenamiento Jurídico, en donde todos los conflictos socio-jurídicos deben resolverse recurriendo al Derecho

³⁴³ A este respecto también se refiere ALASTUEY DOBÓN: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 76 y 77.

³⁴⁴ GRACIA MARTÍN, Luis: *Ob. Cit.* p. 438.

penal, esto es, asumiendo una concepción totalizadora del Derecho penal, en la que se desconoce uno de sus principios básicos, su carácter subsidiario y de *última ratio*³⁴⁵, y sobre todo, se olvida que para resolver los conflictos sociales rige el Ordenamiento Jurídico en su conjunto (con todas sus ramas y especialidades) y no únicamente el Derecho Penal³⁴⁶.

Esta posición, inclusive, asume que los únicos elementos del control social lo constituirían los instrumentos jurídico penales³⁴⁷, desconociendo que el control social proveniente del Derecho (control jurídico) está integrado por todo el conjunto de normas jurídicas que integran sus diversas ramas; esto es, del Derecho civil³⁴⁸ (a través de la atribución de responsabilidad civil), del Derecho administrativo (a través de la atribución de responsabilidad administrativa), etc; y sólo excepcionalmente se recurre al control proveniente del Derecho penal. Es más, integran el control social las prácticas y actuaciones no jurídicas provenientes de la moral, la educación, los usos y las buenas costumbres sociales. Por tanto, todas estas disciplinas, elementos o prácticas sociales cumplen un rol en el marco del control social. Por ello, un acto antisocial, antijurídico o lesivo, es enfrentado por la sociedad, poniendo en juego todos los elementos del control, sean éstos jurídico-formales o informales; es decir, actúa todo el Derecho (con sus múltiples disciplinas) pudiendo inclusive, recurrir a elementos metajurídicos. De hecho, en muchos casos, los elementos no jurídicos pueden jugar un rol más efectivo que los propios mecanismos jurídicos; tal sería el caso de la reprobación social proveniente de

³⁴⁵ Aun cuando en el Proyecto alternativo alemán se asume que es la subsidiariedad uno de los principales argumentos de la propuesta; sin embargo, si ello fuera así, es decir, si se respetara dicho principio, simplemente se debería extraer del ámbito penal a la reparación, dejándola únicamente en el ámbito civil, con todas sus consecuencias; puesto que si la reparación fuera suficiente como respuesta jurídica frente al daño ocasionado o al hecho antisocial a través del cual se causa, simplemente el hecho no tendría ninguna relevancia penal, y por tanto, no tendríamos por qué ocuparnos de él desde la perspectiva del delito, pues tendría que descriminalizarse.

³⁴⁶ Lamentablemente esta perspectiva totalizadora, también se produce en el Derecho civil (teoría de la responsabilidad civil), donde sin tener en cuenta la existencia del Derecho penal y las funciones y finalidades de éste, se atribuye a la responsabilidad civil funciones punitivas propias del Derecho penal. Con lo cual se incurre en la misma unilateralidad en la percepción de la responsabilidad civil respecto a la solución de los conflictos generados por los hechos dañosos, los mismos que en su caso también pueden constituir conductas delictivas. Sin embargo, la doctrina civilista mayoritaria y más autorizada niega al resarcimiento toda función punitiva o ejemplarizadora. Por todos, ZANNONI, Eduardo: quien refiere: "... está hoy, virtualmente superada la tesis que veía en la indemnización no un resarcimiento sino un pena, una sanción ejemplar al ofensor". *"El daño en la responsabilidad Civil"*. Astrea, Buenos Aires, 1993, p.22.

³⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 230, en cita 64.

³⁴⁸ "... no cabe duda sobre que en el Derecho civil de daños es precisamente la reparación, garantizada por los medios coactivos del proceso civil, en particular por la ejecución forzosa, el medio adecuado y proporcionado para el mantenimiento de la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico". GRACIA MARTÍN, Luis: *Ob. Cit.* p. 436.

la comunidad o de la moral. Queda claro entonces, que ante la comisión de un delito, entra en juego todo el ordenamiento jurídico con sus múltiples ramas o especialidades³⁴⁹, que todas éstas buscan proteger los bienes jurídicos, y por tanto, en forma mediata o inmediata también cumplen finalidades preventivas (en cuanto constituyen formas o elementos de control).

Siendo así, no todas las disciplinas o instituciones jurídicas que cumplen finalidades preventivas tienen naturaleza penal, pues, el ordenamiento jurídico en su conjunto cumple finalidades preventivas, y la prevención proveniente del Derecho penal, y de la pena en específico, sólo constituyen formas como éstas se expresan. Consecuentemente, el hecho que la reparación cumpla finalidades preventivas³⁵⁰ no constituye ningún fundamento para considerarla como una consecuencia jurídico penal del delito o para fundamentar la llamada *prevención integrativa* o una '*tercera vía*'³⁵¹; por el contrario, dicha función preventiva de la reparación, constituye parte de las funciones del Derecho de Daños, tal como lo expresa DIEZ - PICAZO y PONCE DE LEÓN³⁵² y se ha demostrado, con abundante información bibliográfica, al tratarse en este trabajo las funciones de la responsabilidad civil. Así las cosas, no podemos pretender atribuir naturaleza penal a todas las instituciones jurídicas, propiciando, innecesariamente, una expansión del Derecho penal, a tal punto de desconocer los fines y funciones de las demás ramas del Derecho, así como tampoco se lo puede erigir en el único mecanismo de resolución de los conflictos sociales, contradiciendo su carácter subsidiario y naturaleza de *ultima ratio*³⁵³.

³⁴⁹ Criterio que es explicado magistralmente por HIRSCH: *Ob. Cit.* p. 64.

³⁵⁰ Es criterio dominante en la doctrina civilística que la responsabilidad civil cumple finalidades preventivas en torno a los conflictos sociales, y ello precisamente constituye uno de los fundamentos de su existencia. Por todos, LE TOURNEAU, Philippe: *"La responsabilidad Civil"*. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Legis, Bogotá, 2004, p. 21.

³⁵¹ "La reciente propuesta de introducción de la reparación del daño como una sanción jurídico-penal autónoma (la denominada "*tercera vía*"), no resulta por el contrario recomendable porque la indemnización de los daños es obligatoria de todas formas como consecuencia jurídico-civil del hecho punible, y debe ser mantenida libre de elementos punitivos. La reparación del daño debe quedar limitada a sus legítimas funciones como obligación (...)" JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Traducción de la quinta edición por Miguel Olmedo Cardenete, 2001, p. 7.

³⁵² DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *"Derecho de Daños"*. Civitas, Madrid, 1999, p. 41 y ss.

³⁵³ "La concepción sostenida por Roxin, según la cual la reparación debe conformar una sanción penal independiente, se fundamenta, evidentemente, en el equivoco resultante del punto de vista de la "prevención integrativa" del Derecho Penal. Al remitirse aquí a la prevención integrativa, se deja de lado que, en un Ordenamiento Jurídico desarrollado, la clasificación penal de un caso sólo constituye una parcela de su solución

En cuanto al *segundo punto*, referido a que la reparación, por contener elementos civiles y penales, cumple la función de *prevención integrativa* constituyendo una tercera vía, debe precisarse que, es absolutamente cierto que cumple finalidades resarcitorias, y precisamente por ello, queda fuera de toda discusión la configuración de su naturaleza civil. Sin embargo, no creemos que el simple esfuerzo reparatorio, pueda cumplir una finalidad propia de la reparación o de la pena (como sostiene ROXIN)³⁵⁴; pues respecto a la primera, el simple esfuerzo no tiene ningún significado o trascendencia, al no haberse realizado resarcimiento alguno, por más intentos que se hubiesen hecho; y respecto a la segunda, estos esfuerzos, efectivamente pueden reflejar el arrepentimiento del agente, pero ello debe ser considerado en la determinación de la pena concreta³⁵⁵ (como puede ser considerado cualquier otro supuesto de arrepentimiento que nada tenga que ver con el esfuerzo reparatorio³⁵⁶), sin que ello signifique que dichos esfuerzos cumplen las finalidades de la pena y por ello, la reemplazan³⁵⁷.

jurídica. Para la regulación jurídica completa del conflicto pueden también desarrollar un papel varios otros campos del Ordenamiento Jurídico, como el derecho indemnizatorio del derecho civil, pero también, por ejemplo, el derecho de seguros y el derecho administrativo. Cada uno de estos ámbitos del derecho con diferentes funciones, se ocupa de la determinación de las consecuencias resultantes del quebrantamiento de la ley. La posición derivada de la consecuencia del derecho penal para la solución general de los conflictos, tendría como consecuencia que todos los efectos jurídicos del delito serían de naturaleza penal". HIRSCH, Hans J.: *Ob. Cit.* p. 64.

³⁵⁴ "La reparación como tercera vía no es un medio de lucha contra el hecho injusto, sino que es el medio del que se sirve el delincuente para defenderse preventivamente de la intervención del medio de ataque del Derecho; es la ocasión que se da al delincuente de sustraerse a la pena". LAMPE, en cita de Alastuey Dobón, *Ob. Cit.* p. 88.

³⁵⁵ "No es tan interesante afirmar o reconocer si la reparación se puede constituir en una tercera vía del Derecho penal. Basta sostener que ella resulta una alternativa racional para la solución de conflictos sociales y que puede rendir frutos tanto en el Derecho penal como en el Derecho procesal penal. Entre estos frutos, ella se cuenta como una alternativa de reemplazo de la reacción penal estatal, esto es, ya no como tercera vía, sino, antes bien como 'cambio de vía', para sustituir la pena o resolver el conflicto con ahorro de esfuerzos estatal en la persecución penal. Si así no funciona en el caso concreto, la reparación puede, todavía, rendir frutos al medir la pena, puesto que, dentro de la pena merecida según la medida de la culpabilidad del autor, su acción voluntaria a favor de la víctima verifica una menor necesidad preventiva de la pena. Por último, también durante la ejecución de la pena resultaría importante la reparación, no sólo para no dificultarla, cuando ese es el caso, sino, además, para abonarla al proceso final de individualización de la pena que se cumple durante la ejecución penal, conforme a los criterios preventivos que operan en él". MAIER, Julio B. J.: *Ob. Cit.* pp. 229 y 230.

³⁵⁶ En las diversas legislaciones penales, y especialmente en la nuestra, estos esfuerzos reparatorios, e inclusive la concreción de la reparación, sólo funcionan como circunstancias atenuantes de la pena a imponerse dentro del marco punitivo conminado.

³⁵⁷ Claro que un criterio como éste tendría sentido en la concepción de ROXIN en cuanto desarrolla el concepto de responsabilidad penal como una categoría complementaria y diferenciada de la culpabilidad, en la que para fundamentar la pena se requiere, además de la culpabilidad, de la necesidad preventiva de la pena. En este caso, la reparación civil en sí misma no determina la ausencia de necesidad de pena, por el contrario, es la situación general de arrepentimiento del agente la que determina tal situación, haciendo innecesaria la pena; el cumplimiento de la reparación es solo una consecuencia de tal estado de arrepentimiento. En tal sentido, es ese estado el que evita la pena, no así la reparación civil.

Siendo así, estos ‘esfuerzos reparatorios’ nada tienen que ver con la reparación. Igualmente, el trabajo en bien común en los delitos contra la sociedad (generalidad al decir de ROXIN), efectivamente constituye una pena, pero no cumple una finalidad reparatoria, pues se repara o indemniza por la lesión o menoscabo a un bien jurídico cuya existencia es previa a la comisión del hecho delictivo, y por ello, se realiza a favor del agraviado una prestación concreta destinada a compensar dicho menoscabo, cosa que no sucede con el trabajo a favor de la sociedad. Tanto más, si se tiene en cuenta que en los delitos contra la sociedad en su mayoría se trata de supuestos de peligro, en los mismos que por no haberse ocasionado concretamente un daño, no operaría la reparación civil. Salvo casos en que el peligro fuera de tal entidad que obligue al titular del bien jurídico a realizar alguna acción orientada a la remoción del mismo, y esta actividad constituyese una erogación pecuniaria, en cuyo caso, la reparación civil tendrá que cubrir la compensación de estos costos.

Con relación al *tercer punto*, en el que se señala que la reparación satisface un interés público y no uno privado, creemos que ello únicamente tendría sentido si se asumiera que la reparación persigue la satisfacción de la víctima en potencia (abstracta y general), mas no así a la víctima actual y concreta que es la que sufre el daño en sus propios bienes jurídicos, que a nuestro juicio, es la que interesa para efectos de la reparación³⁵⁸. Pensar lo contrario, significaría simplemente desconocer la reparación civil como institución jurídica³⁵⁹. Con este criterio se genera una confusión total entre la reparación y las medidas de naturaleza penal que en lugar de aportar criterios útiles para la solución del conflicto creado por el delito, contribuye a ensombrecerlo y a restar importancia y rendimiento práctico a la institución de la reparación civil; resultando sintomático que se hable de “reparación penal” y no de la tradicional reparación civil. Con un criterio como éste, a nuestro parecer, ni se satisface el interés público que busca

³⁵⁸ En nuestro medio, incluso normativamente se ha plasmado que es el interés de la víctima real y concreta el que interesa, como puede verse en el artículo 3° de la Ley N° 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada. Esta norma estipula que “...se entiende que disminuye sustancialmente la magnitud o consecuencias de la ejecución de un delito cuando se indemniza a las víctimas o cuando se logra disminuir el número de perjudicados o la magnitud de los perjuicios que habrían de ocasionar los delitos programados ...”.

³⁵⁹ En el mismo sentido, se pronuncia Alberto BOBINO, concluyendo que con una posición de este tipo, se estaría redefiniendo el conflicto como un acto reconstruido exclusivamente según los criterios relevantes de la ley penal, aislado de toda relación y del contexto social en el que sucede, *expropiando el sentido del conflicto* y seleccionando arbitraria e irracionalmente los casos a ser resueltos por la administración de justicia penal. Con lo que se daría pie para que el abolicionismo continúe con su vocación crítica y provocadora. *“Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo”*. Buenos Aires, 1998, p.117.

la aplicación de la pena, así como tampoco el interés particular de la víctima. Pues tal como refiere el propio ROXIN: “Y es que solamente cuando la víctima es indemnizada y se le restituye sus derechos, se puede decir que se ha restablecido el Derecho lesionado a través del delito, y con ello la paz jurídica”³⁶⁰. Claro que estas aseveraciones las hace en el marco de su propuesta de la reparación como tercera vía, pero no deja de ser ilustrativa a este respecto.

Respecto al *cuarto punto*, en cuanto a que la reparación tiene que ver más con el autor y la vigencia de la norma que con el agraviado y el daño ocasionado, creemos que con esta posición se desconoce la evolución del Derecho en general, especialmente del Derecho de la responsabilidad civil o de daños, significando la vuelta a períodos superados en que no se diferenciaba entre el Derecho civil y el Derecho penal, y donde la pena era la única reacción del Derecho frente al daño causado. En esta etapa del desarrollo del Derecho, se podía hablar de una “reparación penal”³⁶¹, pero actualmente están debidamente diferenciados el ámbito y funciones de la responsabilidad penal y el de la responsabilidad civil, no pudiéndose confundir uno con otro, sobre todo si normativamente se hace la correspondiente diferenciación en los diversos ordenamientos jurídicos, particularmente en el nuestro.

El *quinto punto*, relativo a que la reparación cumple funciones de resocialización, nos parece que más que una realidad constituiría un buen deseo, lo que de ninguna manera puede sustentar la concepción de la reparación con finalidades propias de la pena; pues en la práctica ni siquiera la pena ha cumplido esta finalidad y menos puede lograrla la reparación sólo por el hecho de atribuirle, desde una perspectiva netamente teórica, fines jurídico penales. En todo caso, si el cumplimiento de la reparación por parte del agente del delito, cumpliera finalidades de ‘resocialización’ tendríamos que concluir que es la responsabilidad civil en general la que cumple dichas finalidades, y no necesitaríamos etiquetar a la reparación como sanción jurídico penal para

³⁶⁰ ROXIN, Claus: *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Grijley, Lima, 2007, p. 80.

³⁶¹ Hablar de “reparación penal” ha creado tal confusión que incluso se llega a definir a la ‘reparación’ del siguiente modo: “En un esfuerzo de reducción o simplificación, puede decirse que la ‘reparación’ a la víctima consiste en la posibilidad de atenuación de la pena o, incluso, en la substitución de la pena, por una consecuencia jurídica diferente, más acorde a la entidad del delito cometido y más adecuada al fin preventivo que persigue el Derecho penal”. POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO – ORTS, Miguel: *“Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas”*. Grijley, Lima, 2004, p. 200. Como se advierte, con este criterio, prácticamente no se toma en cuenta la perspectiva de la víctima, y sin embargo, se aduce que ello se encuadra dentro de las consideraciones a la víctima del delito.

reconocerle tal atributo³⁶²; con lo cual estaríamos pretendiendo prescindir de la responsabilidad penal, puesto que la responsabilidad civil ya estaría cubriendo sus fines y funciones.

Finalmente, y refiriéndonos al *último punto*, no creemos que en la realidad se produzca la ‘pacificación y renovada aceptación de la vigencia de la norma’, con el efecto simbólico del proceso penal sin el resarcimiento efectivo del daño ocasionado a la víctima en concreto (en todo caso, esta aseveración de Silva Sánchez no se sustenta en datos empíricos que le den consistencia, y no conocemos estudios en este sentido)³⁶³. Por el contrario, la colectividad se siente protegida por el ordenamiento jurídico y se restaura la vigencia de la norma contrariada por la conducta delictiva causante del daño, cuando éste es reparado en forma específica a la víctima actual y concreta, y no a una víctima desconocida o en potencia o al interés de la sociedad concebida en abstracto, que por lo difuso que resulta, ni siquiera es posible determinar cuándo ha sido satisfecho en términos efectivos³⁶⁴. Al respecto ESER refiere que “... la paz jurídica perturbada por el delito sólo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no sólo al autor sino también a la víctima”³⁶⁵, criterio que como se ha dicho, en nuestro medio, se ha establecido normativamente³⁶⁶. Claro que no se puede desconocer el interés de la colectividad en la reparación del daño ocasionado por el delito, pero éste, tal como ya lo hemos expresado con anterioridad, consiste en un interés orientado a la reparación del

³⁶² En sentido similar se pronuncia GRACIA MARTÍN, Luis: *Ob. Cit.* p. 439.

Al respecto, resulta ilustrativo consignar el criterio de este mismo autor cuando señala “... la reparación no puede ser utilizada como pena, debe de recordarse que, en cualquier caso no puede dejar de considerarse que el autor, *de todos modos* está ya obligado a la reparación del daño por las disposiciones reguladoras de la responsabilidad civil (con cita a HIRSCH y a Armin KAUFMANN). Si la única reacción a lo injusto culpable fuera la reparación, en tal caso no estaríamos ante nada distinto a la responsabilidad civil extracontractual del art. 1.902 CC, es más: ese sería el único ámbito de responsabilidad en que realmente nos encontraríamos por mucho que *—embaucando—* se quisiera decir que en tal caso se está aplicando una pena”. GRACIA MARTÍN: *Ob. Cit.* p. 435.

³⁶³ GRACIA MARTÍN (*Ob. Cit.* p. 437), hace referencia a un estudio empírico llevado a cabo por Sessar, en el que se determina que una gran mayoría de procesos por delitos patrimoniales promovidos por denuncia de la víctima terminan en reparación y sólo muy raramente con imposición de la pena. Sin embargo, esto no demuestra, de modo alguno, que con ello se hayan logrado los fines propios del Derecho penal, sino por el contrario, que se ha cumplido la finalidad de la reparación civil, que al haberse concretado ha contribuido a la pacificación social, pero todo ello dentro de su ámbito propio.

³⁶⁴ Proceder de este modo, implicaría acentuar lo que BOBINO (*Ob. Cit.* p.117), llama “expropiación del sentido del conflicto”, con lo que al alejar a la víctima del contenido de la reparación, al contrario de lo que se cree, el conflicto concreto quedaría irresoluto, y la deslegitimación del control penal iría en aumento.

³⁶⁵ ESER, Albin: “*De los delitos y de las víctimas*”. Ad – Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 30.

³⁶⁶ Ley N° 27378.

daño a la víctima específica, y es con la debida reparación a ésta como se satisface dicho interés. De otro lado, el recurso al efecto simbólico del Derecho Penal, no es visto con buenos ojos por la doctrina penal (por lo menos no en todos los casos), sobre todo en un ordenamiento jurídico garantista de los derechos fundamentales, tal como hace referencia el propio ROXIN³⁶⁷.

En este sentido, conforme a las ideas vertidas por HIRSH³⁶⁸ Y GRACIA MARTÍN³⁶⁹ entre otros, concluimos que la reparación civil no puede configurar bajo ningún supuesto, una sanción jurídico penal, ya que *se sustenta en un interés particular, tiene naturaleza distinta de la pena y no cumple las funciones de ésta*. Siendo el caso que, los sostenedores de esta postura, incurrirían en el despropósito de considerar al Derecho penal como el único instrumento del control social formalizado - Ordenamiento Jurídico- dejando de lado las demás ramas del derecho que también integran el control social formal, auspiciando de este modo una expansión irracional del Derecho penal, lo cual no se condice con la necesidad de un control penal garantista, razonable y eficaz. En suma, esta postura constituiría una perspectiva unilateral del problema, la misma que deja de lado todos los aspectos que no están comprendidos propiamente en el ámbito penal. Y peor aún, cuando se ha constatado la exigua eficacia del control penal, que aconseja optar por medidas alternativas a las soluciones penales.

Debe quedar claro sin embargo, que es necesario propugnar por todos los medios la reparación del daño ocasionado por el delito, pero para ello no hay necesidad de recurrir a categorías propias del derecho penal o darle a la reparación un tratamiento de sanción jurídico penal, porque ello en lugar de constituir un medio eficaz para el logro

³⁶⁷ Con la denominación de Derecho penal simbólico "... se designan disposiciones penales que no desarrollan en primera línea, efectos concretos de protección, sino que están destinadas a servir de autoproclamación de grupos políticos o ideológicos, al declararse a favor de determinados valores o rechazar con horror conductas estimadas como dañosas". ROXIN, Claus: *"Problemas actuales de dogmática penal"*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Ara Editores, Lima, 2004. p. 35.

³⁶⁸ "El Derecho penal como ámbito parcial del ordenamiento jurídico, se ocupa de las pretensiones penales estatales y de las penas y medidas relacionadas con ellas, cuando se aplica una pena se trata de la sanción justa del hecho y de la prevención que de allí se deriva para el autor y la generalidad (...) los fines de la pena o del derecho penal se refieren, por lo tanto, a las consecuencias jurídicas de naturaleza específicamente penal: se trata de un instrumento de influencia sobre el autor; por lo contrario, que la víctima obtenga una indemnización, configura un camino ajeno a estos fines. (...) si para un grupo de casos se considera a la imposición de la reparación como la única consecuencia jurídica posible, entonces, consecuentemente, hay que sacarlo del derecho penal o, por lo menos, de la persecución penal. Aquello que sólo puede sancionarse civilmente, no tiene nada más que buscar en el ámbito del derecho penal y procesal penal". HIRSH: *Ob. Cit.* pp. 63, 64 y 65.

³⁶⁹ GRACIA MARTÍN: *"Estudios de Derecho Penal"*. Idemsa, Lima, 2004, p. 427 y ss. Y demás trabajos citados.

de este fin, más bien lo entorpece, frustrando de este modo la justa aspiración del damnificado. Pues, al hablar de pena, de inmediato entran en acción diversos mecanismos y principios propios de la protección de los derechos fundamentales del procesado³⁷⁰ (quien va a ser sujeto de la pena), que conlleva a que por ejemplo, cualquier caso de duda se resuelva a favor del inculcado, que se observe estrictamente el principio de legalidad, el principio de la ley más favorable, la rigurosidad de la tipicidad, al contrario de lo que sucedería en el ámbito civil si se le adjudicara naturaleza civil a la reparación, en el cual se busca la equidad o proporcionalidad, propendiendo a la resolución de los conflictos estableciendo el término medio para cada caso, y sobre todo buscando reparar todos los daños que se puedan imputar al responsable.

Asimismo, debe de tenerse en cuenta que la reparación civil (si convenimos en su naturaleza privada), puede fundarse en factores de atribución de responsabilidad objetivos e incluso, se puede atribuir responsabilidad en casos en que por la existencia de una causal de justificación, el hecho no resultara antijurídico³⁷¹; a la vez que se puede atribuir responsabilidad en supuestos de hechos fortuitos en casos de actividades especialmente peligrosas³⁷², o inclusive en supuestos de actos lícitos vinculados a la

³⁷⁰ “También se trata de un aumento aparente, opositor a la ‘publicización’ de la reparación, aquél que hace hincapié en la necesidad de aplicación de principios penales al resarcimiento del daño, tales como *nulla poena sine lege praevia*, el *ne bis in idem* y el *in dubio pro reo*, si se la incluye en el catálogo de penas; con ello no se auxiliaría a la víctima, sino que, antes bien, se la perjudicaría, consecuencia directa de la dificultad de aplicación que supone tales principios”. MAIER Julio B. J.: “*La Víctima en el Sistema Penal*”. En: De los delitos y de las víctimas. Ad – Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 200.

³⁷¹ Los casos de “estado de necesidad justificante” previsto en el inciso 4) del artículo 20° del Código Penal, constituyen hechos conforme a derecho, puesto que son justificados, y por tanto no podemos hablar de responsabilidad penal; sin embargo, en algunos casos especiales puede atribuirse responsabilidad civil al causante del daño, tal como sucede en los casos previstos en el artículo 959° del Código Civil. Si se asume que la reparación en el proceso penal es de naturaleza civil, también se podría aplicar este mismo razonamiento, y por tanto, se podría amparar la reparación del daño en algunos supuestos de estado de necesidad justificante. Pues nada justifica, desde una perspectiva de equidad, que se haga cargar el peso de nuestro propio infortunio a un tercero que en ningún momento renunció a la protección del derecho.

En la doctrina argentina igualmente se maneja este criterio. “Por una parte, quien realiza un acto en estado de necesidad, *no comete ninguna acción ilícita* por lo cual tampoco puede derivarse de ella una responsabilidad civil por delito o *cuasi delito*. Por la otra parte, el damnificado *no tiene el deber jurídico de soportar el daño* a sus bienes, a favor del necesitado. Este conflicto se soluciona por medio de las disposiciones del art. 907 del Cod. Civil (con la reforma de la ley 17.711), o sea tomando como punto de partida los principios del *enriquecimiento sin causa* y de la *equidad*”. ARGIBAY, Carmen: “*Comentario al artículo 34° inc. 3° del Código Penal*”. En: Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. T. I. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 631. En igual sentido: MAIER, Julio: “Las reglas del derecho privado permitirán, como lo permiten hoy, reparar sin ilícito y sin culpabilidad”. *Ob. Cit.* p. 200.

³⁷² En la doctrina civilista y en algunas legislaciones existen criterios respecto a que se puede atribuir responsabilidad civil en casos de daños producido por caso fortuito, sobre todo en el ejercicio de actividades particularmente peligrosas como las actividades nucleares, en las cuales opera una especie de responsabilidad objetiva absoluta, incluso más allá de los límites de las reglas de responsabilidad. Tal como refiere ALPA: *Ob.*

realización de actividades o bienes riesgosos o peligrosos; asimismo, se puede amparar la reparación civil, aun en casos en que no se pueda individualizar debidamente al autor de los daños, en cuyo caso podrá cargarse su costo a la sociedad en su conjunto³⁷³; todo lo cual no sería posible si se concibiese a la reparación como sanción jurídico penal, con lo cual no se haría favor alguno a la tendencia moderna del sistema penal de rescatar a la víctima del delito. Claro que estos últimos criterios sólo resultarán relevantes para los supuestos de reparación de daño en casos excepcionales en los que en la determinación de la entidad del daño y su magnitud deban considerarse daños que sin estar relacionados directamente con el hecho doloso o culposos configurativo de delito, también exigen su reparación por estar concatenados causalmente con éste³⁷⁴.

De otro lado, atribuir naturaleza penal a la reparación civil, implicaría renunciar a una institución procesal importantísima desde la perspectiva del resarcimiento del daño ocasionado por el delito, como es el *tercero civil* (que quizás sea la única que ha funcionado eficazmente respecto a la reparación en los supuestos en que ha sido posible recurrir a dicha institución). Pues, como quiera que la consecuencia penal ordinariamente es personalísima, se dificultaría el llamado al tercero para que asuma solidariamente con el agente del delito, la reparación del daño. Igualmente, sería difícil solicitar la reparación del daño y eventualmente la restitución de los bienes objeto del delito, a los herederos del agente, precisamente por la naturaleza personalísima de la respuesta jurídico – penal.

Finalmente, considerar a la reparación como sanción jurídico penal evidentemente resulta contrario a la justa pretensión resarcitoria del agraviado, pues de ser así, se haría depender a la reparación de la ‘culpabilidad’ que es uno de los conceptos más discutidos

Cit. p. 78. Claro que esta posición no es unánime, como puede apreciarse en el criterio expresado por LORENZETTI, Ricardo Luis: *Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños. Teoría general de la responsabilidad civil.* En: Responsabilidad civil. Derecho de Daños, dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coaguila, Grijley, Lima, 2006, p. 85. También se sostiene la atribución de responsabilidad en casos de hechos lícitos. Como indica ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: *Obligaciones de compensar daños causados por conductas lícitas.* En: La Responsabilidad. Libro Homenaje a Isidoro Goldemberg. Directores: Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 336 y ss.

³⁷³ NICOLAU, Noemí Lidia: *“Panorama de la Responsabilidad Civil en el Derecho Occidental: Retrospectiva y tendencias”.* En: Libro Homenaje a Isidoro, H. Goldemberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 51.

³⁷⁴ Como ya se ha dicho para la reparación no importa la sanción de la culpa o del dolo, sino el efectivo resarcimiento, tal como refiere ESTEVIL, “... moralización de las conductas por la vía de una más rigurosamente exigente responsabilidad o un deber de reparar todos los daños posibles. (...) El principio social es (...), reparar todos aquellos perjuicios en que no se vea razón clara para que la víctima los soporte por sí sola” *Ob. Cit.* p. 102.

del Derecho penal, dejando de lado la consideración del daño como elemento objetivo y de fácil apreciación. Igualmente, también se presentarían problemas para determinar la reparación en los casos en que la punibilidad quedase sujeta a alguna condición objetiva de punibilidad o algún supuesto de excusa absolutoria.

Consecuentemente, estamos convencidos que esta postura, pese al prestigio de muchos de sus sostenedores, debe descartarse. Por lo demás en nuestro medio, la situación se ha resuelto claramente a favor del criterio que atribuye a la reparación naturaleza privada, como puede apreciarse del artículo 101° del Código Penal. Al respecto la doctrina nacional es totalmente mayoritaria, tal como refiere el profesor PRADO SALDARRIAGA, cuyo criterio lo consideramos como el más representativo a nivel nacional)³⁷⁵.

Es por ello que no encontramos explicación alguna a la decisión irreflexiva del Tribunal Constitucional Peruano expresado en ciertas sentencias que han ensombrecido este panorama generando confusión y perplejidad entre los operadores jurídicos, al expresar, sin mayores fundamentos que la reparación civil en el proceso penal adquiere la calidad de sanción penal. Este criterio no ha sido asumido por la Corte Suprema, la que se ha pronunciado en sendas resoluciones que la misma posee naturaleza privada.

3.6.1.2. NATURALEZA PRIVADA DE LA REPARACIÓN CIVIL

Descartada la naturaleza penal de la reparación civil, se yergue incólume la postura que sostiene que ésta es de naturaleza privada. Pues la naturaleza de esta institución no está determinada por el interés público de la sociedad sino por el interés particular y específico de la víctima o agraviado por el delito, y el hecho que se ejercite la acción civil en el proceso penal, nada dice respecto a la naturaleza de la pretensión discutida. En este sentido, TERRAGNI en la doctrina argentina, refiere que los criterios que trataron de llevar la naturaleza de la obligación resarcitoria al campo penal

³⁷⁵ “... en torno a los intentos contemporáneos de convertir a la reparación en una nueva modalidad de sanción penal. Esto es, en la tercera (o cuarta) vía, la naturaleza y finalidad que ella posee no resultan compatibles con el carácter público y represivo que tiene la pena. Por tanto, su utilización como mecanismo de solución del conflicto o como vía inmediata de atención a la víctima del delito, no puede enervar su carácter eminentemente privado”. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Ob. Cit.* p. 279.

no han prosperado y han quedado relegados en el tiempo³⁷⁶, en igual sentido se pronuncian NÚÑEZ³⁷⁷, SOLER³⁷⁸, etc. Igualmente, Carlos CREUS, aún cuando hace referencia a la pretensión y no propiamente a la reparación en sí (pero sin hacer distinguos), refiere: “... el hecho de la inserción de la acción civil en el proceso penal, nada dice contra el carácter privado de la pretensión que por medio de ella se hace valer. Esa inserción no cambia el carácter de la acción civil que, desde el punto de vista de la pretensión que la alienta, sigue siendo civil y privada. En otras palabras (...) la acción resarcitoria no integra el sistema represivo del delito, permanece en la esfera privada”³⁷⁹. En la doctrina Alemana este criterio es sostenido fundamentalmente por HIRSH³⁸⁰. En la doctrina española se adhieren a este punto de vista un buen número de autores connotados³⁸¹, inclusive se sostiene que este es el criterio ‘casi unánime’³⁸².

³⁷⁶ TERRAGNI, Marco A.: *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”*. T. 1, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 451.

³⁷⁷ NÚÑEZ, Ricardo: *“Derecho Penal. Parte General”*. Cuarta edición, Actualizada por Roberto E. Spinca y Félix González, Editora Córdoba, Córdoba, 1999. p. 343.

³⁷⁸ SOLER, Sebastián: *Ob. Cit.* p. 468.

³⁷⁹ CREUS, Carlos: *Ob. Cit.* pp. 28 y 29. En el mismo orden de ideas RUIS VADILLO, refiere: “La acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal al que se incorpora, de tal forma que la circunstancia de ventilarse en éste para nada afecta a las características que le son propias y específicas...”. *“La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal”*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 19.

³⁸⁰ HIRSCH, Hans Hoachim: *“De la Reparación del Daño en el Marco del Derecho Penal Material”*. En: De los Delitos y de las Víctimas, varios autores, AD-HOC, Buenos Aires, 1992, p. 59. entre otros trabajos. MAURACH, Reihart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, así como JESCHECK, en sus *“Derecho Penal”* y *“Tratado de Derecho Penal”*, respectivamente, ni siquiera se refieren a la reparación civil, con lo que la estarían desvinculando del ámbito de las consecuencias jurídico penales. Igualmente JAKOBS, en su *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Imputación”*, no se refiere el tema; ello desde luego en concordancia con el Código Penal alemán que “a diferencia del derogado, no se ocupa del asunto, dejándolo librado en buena medida a la jurisdicción civil, aunque se rige por la ley procesal penal y leyes especiales de reciente expedición” (como lo indica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Ob. Cit.* p. 705). El propio ROXIN aun cuando termina formulando su teoría de la Tercera Vía, refiere que ya desde BINDING se hacía la debida diferenciación entre la pena y la reparación civil, tomándose como referencia “... aquello a cuyo favor es efectuada la prestación. La reparación es prestada siempre a quien sufre el daño; la pena, en cambio al Estado, que cumple un deber en infligir una pena”. ROXIN: *“La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena”*. Traducción de Julio Maier y Elena Carranza. En: “De los Delitos y de las Víctimas”. As-Hoc, Buenos Aires, p. 135. Con lo que quedaría claro que desde ese entonces se asumía a la reparación civil dimanante del delito como una consecuencia de carácter civil.

³⁸¹ ALASTUEY DOBÓN, Carmen: *“La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 24. La misma autora en: *“Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 466 y 467; donde además refiere que la postura que sostiene la naturaleza civil de la reparación civil ex delicto, hoy en día es casi unánime, y agrega, que “...es indudable que tanto la responsabilidad misma como los preceptos que la regulan tienen naturaleza civil. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *“Derecho Penal. Parte General”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. p. 677. GRACIA MARTÍN, Luis: *“Estudios de Derecho Penal”*. Idemsa, Lima, 2004. p. 430; concluye categóricamente: “En definitiva y resumiendo: ninguna duda puede haber acerca de que (...) la responsabilidad civil derivada del delito es, sí, una consecuencia jurídica del delito, pero no es, sin embargo, una consecuencia penal del delito; su naturaleza jurídica y las normas que la regulan pertenecen del modo más estricto al Derecho civil y deben regirse por los principios de éste”. MIR PUIG, Santiago: *“Derecho Penal.*

Finalmente en la doctrina Colombiana se maneja este criterio, tal como puede verse de las aseveraciones de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ³⁸³.

En nuestro medio el contenido privado de la reparación civil, es prácticamente unánime; así, PRADO SALDARRIAGA, rechaza todo intento de considerar a la reparación civil como pena u otro tipo de sanciones jurídico-penales, pronunciándose a favor de su naturaleza privada y resarcitoria³⁸⁴. Por su parte, SAN MARTÍN CASTRO refiere que: “La naturaleza de derecho de realización del Derecho Procesal Penal no puede ‘sustituir’ o ‘transformar’ lo que por imperio del Derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito”; y citando a BASALLO SAMBUCETI agrega “... la obligación de reparación por el daño material o moral causado, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del Derecho Penal. De hecho, se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios”³⁸⁵. El mismo criterio esboza CASILLO ALVA así como otros autores nacionales³⁸⁶. Por nuestra parte este criterio lo hemos

Parte General. Repreport S.L. Barcelona 1996, p. 14; con toda claridad sostiene: “Si la ley penal pretende ante todo *evitar el delito* (función preventiva), las normas que se ocupan de la responsabilidad civil regulan la imputación del daño *ya producido* (...). Si el Derecho penal se entiende el conjunto de las prescripciones penales en sentido estricto, las prescripciones reguladoras de la responsabilidad civil no podrán considerarse parte del Derecho penal, pues como se ha visto se diferencian claramente de las prescripciones penales”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “*La responsabilidad civil ex delicto*”. Aun cuando luego admite matices, refiere: “Nadie, ni civilistas ni penalistas, han puesto en duda la naturaleza civil de esa clase de obligaciones, lo cual es independiente y más importante que el documento legislativo en que se regule”. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Sobre el concepto*, p. 64; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho Penal*, p. 25. COBO/VIVES: *Derecho penal*, pp. 31 y 877. GARCÍA ARÁN, M., en MUÑOZCONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, p.652. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual*, p. 605. CUELLO CONTRERAS, J.: *Derecho Penal*, p. 40. Estos últimos, correspondientes a la cita efectuada por Alastuey Dobón: “*La reparación a as víctima en el marco de las sanciones penales*”, p. 24”.

³⁸² ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “*Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*”; Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 466 y 467; “... la naturaleza civil de la reparación civil ex delicto, hoy en día es casi unánime”.

³⁸³ “Mientras algunos se inclinan en darle a la restitución o reparación un carácter estrictamente civil, otros se pronuncian por un carácter penal y una tercera por la mixta, pero lo que sí es cierto, es que por el hecho que aparezca regulada en la ley penal no le quita su carácter ni contenido civil, ya que se ha demostrado que es posible congregar la acción penal con la acción-pretensión civil.” VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Ob. Cit.* p. 707.

³⁸⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor: “*Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 275 y ss.

³⁸⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César: “*La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito*”. En Revista Ius et Veritas N° 25, Lima, 2002, p. 328.

³⁸⁶ CASTILLO ALVA, José Luis: “*Las consecuencias jurídico económicas del delito*”. Idemsa, Lima, 2001, pp. 71 y ss. VASALLO SAMBUCETI, Efraín: “*La acción civil en el proceso penal*”. San Marcos, Lima, 2000, p.37. VILLA STEIN, Javier: “*Derecho Penal. Parte General*”. San Marcos, Lima, p. 500 y los demás autores nacionales que han escrito sobre este tema. Por nuestra parte, en todos nuestros trabajos sobre reparación civil, nos hemos adherido con toda firmeza a esta posición. Únicamente Zarzoza Campos ha sostenido que la reparación civil tiene naturaleza pública, sin embargo, no aporta mayores fundamentos o razones que sustenten

sostenido y fundamentado en todos nuestros trabajos, especialmente en la segunda edición de nuestro trabajo: “La reparación civil en el proceso penal”, segunda edición. Claro que para arribar a esta conclusión en nuestro ordenamiento jurídico, desde una perspectiva de *lege lata*, no tenemos los problemas que tienen los españoles para analizar esta institución jurídica en su sistema jurídico; pues en España, el resarcimiento del daño proveniente del delito está regulado casi en su integridad en el propio Código Penal. En el Código Civil sólo encontramos normas supletorias de este tipo de responsabilidad, remitiéndose al Código Penal cuando trata este tema. Lo contrario sucede en nuestro ordenamiento, pues en el Código Penal únicamente se regulan aspectos procesales accesorios de la reparación, y en lo más importante, se apela a la remisión al Código Civil (artículo 101° del Código Penal). Esto, obviamente, facilita la determinación de la naturaleza jurídico civil y ordinariamente patrimonial de la responsabilidad *ex delicto*. Resulta importante resaltar esta característica de nuestra legislación, ya que facilita el análisis y permite arribar a las conclusiones anotadas; aun cuando, como se ha dicho, la determinación de esta naturaleza, no está vinculada necesariamente al “documento legislativo en que se regule”³⁸⁷.

Podrá decirse no obstante, que la pretensión cambia su naturaleza privada cuando es el Ministerio Público quien la ejerce en el proceso penal, sin embargo, si bien es cierto esta entidad actúa ejerciendo un interés público, su intervención está orientada a lograr la satisfacción de la pretensión privada a favor del agraviado o sujeto pasivo del daño (víctima actual y concreta); pues para lograr la pacificación social alterada por la comisión del delito, además de satisfacerse la pretensión pública encarnada en la pena, se debe satisfacer el interés privado de la víctima, el que permanece inalterado, aun cuando sea el ente público el que persiga su satisfacción³⁸⁸. Tanto así que si el perjudicado renuncia al resarcimiento o transige sobre él, cesa la legitimación del Ministerio Público ‘para intervenir en el objeto civil del proceso’, tal como lo establece

su posición; ZARZOSA CAMPOS Carlos: “*La Reparación civil del ilícito penal*”. Rodhas, Trujillo, 2001, p. 168. Igualmente, RODRÍGUEZ DELGADO: *Obs. Cits.* Con abundante bibliografía se pronuncia a favor de esta última posición.

³⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Ob. Cit.* p. 25. Asimismo, téngase presente, las demás citas antes glosadas.

³⁸⁸ A esta conclusión se puede llegar con los fundamentos antes glosados; y más aún si se tiene en cuenta que el Ministerio Público también interviene en otros casos de naturaleza eminentemente privada como en la interposición de medida cautelar en las acciones de Amparo (Art. 31° de la Ley de Amparo y Habeas Corpus), y no por ello se puede sostener que la naturaleza de la medida cautelar tiene carácter público.

en forma expresa el artículo 11° del Código Procesal Penal (vigente en parte del territorio nacional) concordante con los artículos 13° y 14° del mismo cuerpo legal.

Antes de la vigencia del Código Procesal Penal, si bien las ideas centrales esbozadas en este acápite eran las mismas, esta situación no aparecía regulada expresamente, por el contrario, aun en casos de desistimiento o transacción respecto a la reparación civil ventilada en el proceso penal por parte del agraviado, el Fiscal en su dictamen o el Juez en la correspondiente sentencia, tenían que referirse necesariamente a la reparación civil, para cumplir con la formalidad normativamente establecida³⁸⁹, aun cuando ya no podía solicitar o imponer la obligación reparatoria³⁹⁰.

Finalmente, además de los argumentos esgrimidos en torno a la naturaleza privada de la responsabilidad civil en el proceso penal, determinados fundamentalmente por su finalidad reparadora del daño, abonan a favor de tal conclusión, el hecho que la responsabilidad civil no es personalísima, a diferencia de la pena (el obligado a la reparación civil puede ser un tercero); el criterio de carácter formal establecido por el artículo 101° del Código Penal, que remite el tratamiento y regulación de la reparación civil a las disposiciones correspondientes del Código Civil; el hecho que la pretensión resarcitoria sea transigible y objeto de desistimiento dentro del proceso penal, con lo que se reconoce la titularidad exclusiva al sujeto pasivo del daño; la transmisibilidad hereditaria de la obligación, tanto respecto a los herederos del agente del daño así como del agraviado; el hecho que la atribución de la obligación resarcitoria, puede obedecer a criterios objetivos, al contrario de la atribución de consecuencias de naturaleza penal, que únicamente tienen que sustentarse en criterios subjetivos (atribución de dolo o culpa); asimismo, no en todos los delitos opera la reparación civil ni en todos los casos en que se dispone la obligación reparatoria nos encontramos frente a un delito (casos de ausencia de culpabilidad o de ausencia de una condición objetiva de punibilidad, cuando

³⁸⁹ Este criterio no era posible durante la vigencia del Código Penal de 1924, pues prohibía la transacción o cualquier mecanismo privado de extinción de la obligación resarcitoria proveniente del delito, lo cual, con la legislación vigente ha cambiado totalmente, pues el propio Código Civil en su artículo 1306° dispone que se puede transigir sobre la responsabilidad civil proveniente del delito. Criterio que es asumido por el nuevo Código Procesal Penal.

³⁹⁰ En este sentido Albin ESER al comentar la ley procesal penal italiana refiere: "... llama especialmente la atención el hecho de que el ofendido no necesita formular y sostener expresamente la acción civil, sino que es el Ministerio Público Fiscal el que está obligado a interponer la acción civil ante el tribunal penal, *a menos que el ofendido haya renunciado* expresamente a ella (art. 108° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). ***"Acerca del Resarcimiento de la Víctima en el Proceso Penal"***. En: "De los Delitos y de las Víctimas". Varios Autores. AD - HOC, Buenos Aires, 1992, p. 45.

ésta sea exigida por la norma penal, supuestos de excusa absolutoria, entre otros); la mensura de las consecuencias jurídico-penales ordinariamente se sustentan en la medida de la culpabilidad, la cual no opera para la responsabilidad civil, la que se sustenta en la entidad y magnitud del daño³⁹¹.

3.6.1.3. CONCLUSIONES

1. La reparación civil proveniente del delito surge a consecuencia del daño ocasionado por éste, sin que entre las partes haya existido una vinculación jurídica o relacional previa, y por tanto constituye una especie de responsabilidad civil extracontractual, sujeta a lo dispuesto por el Código Civil y demás normas de contenido privado.
2. La responsabilidad civil constituida por la obligación resarcitoria proveniente del delito tiene naturaleza privada al no trascender la esfera particular del agraviado o titular del bien jurídico afectado. En tal virtud es renunciable, objeto de desistimiento y transmisible (*mortis causa* o *inter vivos*), a la vez que su pago puede quedar a cargo de un tercero al no tratarse de una obligación personalísima como la obligación de afrontar la pena propia de la responsabilidad penal.
3. Las posiciones que atribuyen a la reparación civil naturaleza jurídico penal, parten de una visión totalizadora del Derecho penal que pretende resolver toda la problemática generada por el delito exclusivamente con respuestas penales³⁹², sin tener en cuenta que el Derecho penal como parte integrante del control jurídico es sólo una rama a la que se recurre en *última ratio*.
4. Atribuirle a la reparación civil naturaleza jurídico penal, redundaría en contra de los intereses del agraviado, y constituiría un retroceso en la moderna concepción

³⁹¹ ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “*La responsabilidad civil y las costas procesales*”. En: Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 467 y ss. En nuestro medio CASTILLO ALVA, José Luis: *Las consecuencias jurídico – económicas del delito*. Idemsa, Lima, 2001, pp. 78 y ss.

³⁹² Esto obviamente, resultaría particularmente negativo para la víctima, e inclusive para los fines propios del Derecho penal, es por ello que Maier, descartando esta posibilidad refiere: “Los penalistas no debieran insistir, a mi juicio, en estos caminos, conociendo, como conocen, los peligros del Derecho autoritario”. MAIER, Julio B.J.: *Es la reparación una tercer vía del Derecho penal*. En Libro Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, coordinado por José Luis Guzmán Dálbora. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p.219.

del control penal por el cual se busca reivindicar a la víctima del delito. En efecto, quedaría en duda el recurso al tercero civil; asimismo, los principios y garantías propios del control penal (*in dubio pro reo*, *nullum crimen sine lege*, aplicación de la ley más favorable, la rigurosidad de la tipicidad, culpabilidad, etc.), dificultarían la concreción de la reparación civil. Al contrario de lo que sucede en el ámbito civil, donde en caso de duda se opta por una solución equitativa (por ejemplo, el artículo 1332° del Código Civil).

5. Admitir la naturaleza privada del resarcimiento del daño ocasionado por el delito, permite aplicar criterios objetivos de imputación (además de los subjetivos), para determinar debidamente la entidad y magnitud del daño causado, lo que puede tener alta incidencia en el logro de la justa reparación.
6. La naturaleza privada de la reparación civil, en nuestro ordenamiento jurídico, está establecida normativamente y admitida por la jurisprudencia, toda vez que el artículo 101° del Código Penal, remite a la aplicación de los criterios del Código Civil, esto es, a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, sin que ello impida la aplicación de los criterios desarrollados en el Libro de Obligaciones en general del Código Civil.
7. Los factores o criterios de imputación objetivos desarrollados y aplicados en la responsabilidad civil, tienen como fundamento y función la reparación integral de los daños y por ello cada uno de estos criterios atribuye responsabilidad civil al causante del daño. En cambio los criterios de imputación objetiva en la responsabilidad penal se han desarrollado fundamentalmente para sustraer del ámbito de la responsabilidad penal (tipicidad penal objetiva) a determinadas conductas dañosas. Asimismo, en el ámbito civil, dichos criterios de imputación son determinantes de la responsabilidad civil, a diferencia de los criterios de imputación objetiva en el ámbito penal que únicamente atribuyen el resultado lesivo a la acción típica o en todo caso el tipo penal objetivo, sin que ello implique atribución de responsabilidad penal, la misma que en definitiva dependerá de la determinación de los demás elementos (elementos subjetivos del tipo, antijuricidad y culpabilidad) del delito y las necesidades preventivas (merecimiento y necesidad de pena).

8. Para la determinación de los daños civiles no se requiere que éstos se encuadren rigurosamente en un tipo civil específico, en cambio en el ámbito penal para que el hecho tenga relevancia, debe observarse estrictamente los tipos penales establecidos en virtud a los principios de legalidad y taxatividad.

3.6.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA Y DE TERCERO

3.6.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA

En general, el responsable del daño es el causante o causantes directos del mismo (a título de autores o de partícipes –cómplices-), sea como únicos responsables o solidariamente con algún tercero. En este caso, la responsabilidad del obligado directo se fundamenta en su calidad de *causante* del daño. Hay que diferenciar al causante del responsable, puesto que todo causante no necesariamente es responsable (como el caso de los daños justificados). El causante es el responsable directo de la reparación civil proveniente de un delito, distinto del tercero civil, que es responsable pero no es causante. La responsabilidad, en el caso del responsable directo, se fundamenta en la calidad de autor o partícipe del hecho delictivo a través del cual se originó del daño, y en su actuar doloso o culposo³⁹³, tal como refiere ARANGÜENA FANEGO, “... la responsabilidad civil directa se funda en el propio hacer u omitir culpable que constituye la causa o la condición del resultado dañoso y, por ende, tratándose de responsabilidad civil derivada del delito, la obligación de resarcir viene atribuida directamente por Ley a los criminalmente responsables”³⁹⁴.

En estos casos de responsable directo, en un proceso penal, deberá acreditarse tanto la responsabilidad penal así como la responsabilidad civil. El condenado, a la vez que sujeto pasivo de la pena será también el obligado a la reparación, y ante el incumplimiento de la misma, el agraviado podrá recurrir a todos los medios coercitivos a su alcance para lograr la ejecución, pudiendo llegar inclusive a embargar los bienes del obligado. En los casos de causante o obligado directo, el factor de atribución de

³⁹³ Si se tratara de otro tipo de actuación creadora de riesgo en la que no se encuentre presente el dolo o la culpa, aun cuando pudiese existir responsabilidad civil, el hecho no configurará delito, y por tanto no se puede hablar de reparación civil proveniente del delito.

³⁹⁴ ARANGÜENA FANEGO: *Ob. Cit.*p.186.

responsabilidad civil, al igual que de la responsabilidad penal, es *el dolo o la culpa* (aún cuando pueden considerarse componentes resarcitorios fundamentados en criterios de atribución objetivos), en contraposición al factor de atribución de responsabilidad civil del tercero obligado es la *“garantía de reparación”*.

3.6.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TERCERO

Si bien es cierto que en la mayoría de los casos, el responsable tanto penal como civil es el propio causante del daño u obligado directo, existen supuestos en los que se puede comprender como responsables civiles a personas distintas de los causantes, tal es el caso de los llamados *terceros civiles* en el proceso penal³⁹⁵. En estos casos, por

³⁹⁵ Como quiera que en ciertos casos el obligado directo o causante del daño, no se encuentra en la posibilidad material de correr con el costo del mismo, y dado que la responsabilidad civil se ha creado precisamente para buscar y lograr la reparación de los daños, es el propio ordenamiento jurídico el que impone a ciertas personas la calidad de *garantes* de la reparación de los daños ocasionados por las personas con quienes se encuentran especialmente vinculadas; a los que como en todos los casos de garantía les impone la obligación solidaria de responder conjuntamente con el causante directo. Es así como el ordenamiento jurídico, ha establecido que constituye un *fundamento o razón para la atribución de responsabilidad civil, la garantía de reparación* a cargo de las personas encargadas del cuidado, selección, dirección o instrucción de otras personas o a los titulares de bienes especialmente peligrosos o riesgosos. En este sentido, los artículos 1975° -última parte- y 1981° del Código Civil, atribuyen la calidad de garantes de la obligación resarcitoria de sus respectivos dependientes o personas bajo su cuidado, a los principales -empleadores-, o a los representantes -legales -tutores, curadores- de personas incapaces. Esta atribución de responsabilidad se sustenta en un factor de atribución objetivo, por lo que también se tratará de una responsabilidad objetiva. En tal sentido, no es necesario que se acredite la concurrencia de culpa en la producción del daño o en la vinculación del tercero con el causante directo. Este factor objetivo de atribución de responsabilidad queda más claro en las disposiciones de la Ley General de Tránsito y Tránsito Terrestre N° 27181 y el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, Decreto Supremo N° 024-2002-MTC (que reglamenta a la referida Ley en lo atinente a la responsabilidad civil por accidentes de tránsito), donde se establece claramente que la responsabilidad civil entre conductor, propietario del vehículo y prestador de servicio, *es objetiva* (art. 29° de la Ley y 2° del Texto Único Ordenado del Reglamento, D.S. N° 024-2002-MTC). En este orden de ideas, se desvirtúa la atribución o presunción de culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*, culpa *in inspiciendo*, culpa *in instruendo*, etc.; con las que tradicionalmente se ha pretendido fundamentar la responsabilidad del tercero vinculado al agente directo del daño, en la atribución de culpa o presunción juris et de juri de culpa, y no en una atribución objetiva. Estos criterios obviamente no resultan claros para sistemas de responsabilidad civil cuyo fundamental factor de atribución es la culpa, como el caso del sistema español, donde la doctrina y la jurisprudencia tiene que hacer grandes esfuerzos para fundamentar la responsabilidad por riesgo y demás criterios de responsabilidad objetiva; lo cual para nuestro sistema así como también para otros como el italiano o el argentino, no significa mayor problema.

Es en este sentido que deben interpretarse los artículos del Código Civil anotados, pues de su propia redacción, se advierte que se trata de casos de responsabilidad objetiva. Máxime si como la doctrina refiere “... a la luz de las nuevas concepciones sobre responsabilidad parece indudable que el fundamento de esta norma no puede hallarse en la culpa, sino en la necesidad de garantizar a los terceros por la acción eventualmente dañosa de las personas que actúan en interés de otro”. BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría general de la responsabilidad civil*. Séptima Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 191. Criterio que ratifica con posterioridad cuando refiere: “En el ámbito extracontractual la reforma del Código Civil introducida por la ley 17.711, aportó al sistema de responsabilidad civil los siguientes factores objetivos: *garantía, riesgo, equidad, abuso de derecho y exceso de la normal tolerancia entre vecinos*”. En “Responsabilidad por Daños en el tercer milenio”. Libro homenaje a Atilio Anibal Alterini. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 26. Este criterio es mayoritario en la doctrina argentina.

Aun cuando estos comentarios están referidos al Código Civil Argentino, valen también para interpretar debidamente las normas contenidas en nuestro Código Civil, y por tanto, también para la reparación civil

imperio de la ley (artículo 95° del Código Penal concordante con los artículos correspondientes del Código Civil y demás normas pertinentes), se comprenden como responsables a terceros no causantes, a efectos de garantizar el pago de la reparación, y en virtud a que éstos mantienen una especial vinculación con el causante o con el bien con el que se ha causado el daño³⁹⁶.

Estos son los supuestos en los que en un proceso penal seguido contra el presunto causante del daño y autor del delito, se comprende como tercero civil a otra persona no causante (natural o jurídica), quien no ha intervenido en la materialización del daño ni en la comisión del delito, y sin embargo resulta vinculada al resarcimiento por el factor de atribución de responsabilidad *“garantía de reparación”*³⁹⁷. Estos terceros no son causantes del daño, ni han realizado acción penalmente relevante alguna. No existe hecho causante cometido por ellos, y mucho menos relación de causalidad entre su actuación y el daño; y por tanto, no se puede hablar de una conducta típica penalmente atribuible a éstos, menos aún, se les puede imputar responsabilidad penal; incluso la propia antijuricidad de su conducta no resulta definida con toda claridad³⁹⁸. En estos casos se dice que “no es necesario que exista un nexo de causalidad material sino

proveniente del delito, a la que se aplica el Código Civil, por mandato expreso del artículo 101° del Código Penal.

³⁹⁶ Desde otro punto de vista, se sostiene que se debe comprender a estos terceros, esgrimiéndose como fundamento el hecho que éstos se encontrarían en una mejor situación para afrontar el costo del daño, o de distribuirlo eficientemente entre los componentes del grupo social, a través de los mecanismos del mercado y del seguro. Al respecto ver cualquier texto de análisis económico del derecho, respecto al análisis de la responsabilidad civil.

³⁹⁷ Al respecto, amplio desarrollo sobre factores de atribución de responsabilidad civil en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“La reparación civil en el proceso penal”*. Segunda Edición, Idemsa, Lima, 2005.

³⁹⁸ Como se viene sosteniendo, para poder responsabilizar civilmente a una persona por un daño causado, es necesario acreditar el hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad entre hecho y daño, para luego atribuir responsabilidad al autor del hecho; habiéndose determinado claramente cuándo se puede hablar de causante y cuándo de responsable. Pues hablamos de causante, cuando se ha determinado al autor del hecho dañoso y el daño, a la vez que cuando se ha establecido la relación de causalidad -adecuada- entre el hecho y el daño; pero recién podremos hablar de responsable, cuando además se haya determinado el factor o criterio de atribución de responsabilidad, en virtud al cual podemos trasladar el peso del daño, y por ende, del resarcimiento, de la víctima, al responsable. En los casos de responsabilidad vicaria, y en general en todos los casos en que se atribuye responsabilidad por el factor “garantía de reparación”, el tercero responsable no es causante del daño, dicho causante es otro sujeto que puede ser obligado directo o simplemente no ser obligado -como el caso del causante incapaz sin discernimiento-. Consecuentemente, en estos casos, materialmente hablando, se rompe la lógica de determinación de la responsabilidad civil, y únicamente se está a lo que el mandato legal dispone, y se considerará responsable a una persona que no es causante. En algunos casos, también en la determinación de la causalidad se sigue la misma lógica, y su determinación no se hace conforme al sentido lógico y natural de los acontecimientos, sino que se establece normativamente con criterios eminentemente jurídicos. ‘La causa de un daño, es tal hecho, no por que las leyes naturales y lógicas así lo determinen, sino por que así lo dice el derecho’. Igualmente, en el caso de responsabilidad por garantía, el tercero obligado, es responsable no por que resulte vinculado causalmente al daño, sino porque la ley así lo establece. Obviamente, no está en discusión si debe o no debe ser responsable este tercero, pues conforme a los fines del derecho y de la propia responsabilidad civil, se debe propender a la reparación o resarcimiento de los daños en general, y ante la imposibilidad de su reparación por parte del agente causante, se puede responsabilizar al tercero vinculado jurídicamente a aquél.

simplemente un nexo lógico: el principal propició la ocasión en la que el daño fue causado”³⁹⁹. Para atribuir responsabilidad a estos terceros, no se requiere acreditar que obraron con dolo o con culpa; pues, como se ha indicado líneas arriba, se trata de una responsabilidad civil objetiva. Esta atribución de responsabilidad objetiva, en nuestro ordenamiento jurídico, surge claramente de los artículos 1975° -última parte- y 1981° del Código Civil y sobre todo de las disposiciones de la Ley General de Transportes y Tránsito Terrestre N° 27181 y el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, donde se establece categóricamente que la responsabilidad civil entre conductor, propietario del vehículo y prestador de servicio, *es objetiva* (art. 29° de la Ley y 2° de su Reglamento)

Sin embargo, si bien la responsabilidad del tercero es objetiva, esto no significa que no se deba tener en cuenta, respecto a él, elemento subjetivo alguno, por el contrario, se requiere que preexista entre el agente directo y el tercero una manifestación de voluntad, de parte de este último, mediante la cual se establezca un nexo vinculante entre ambos. En este sentido, para la responsabilidad del empleador (responsabilidad vicaria), se requiere de la existencia de un contrato de trabajo celebrado con el empleado, o por lo menos que el empleador haya aceptado que el causante realice labores dentro de la empresa; con ello se descarta la responsabilidad del empleador, por ejemplo, en los casos en que una persona hubiera ingresado subrepticamente en el local de la empresa y estando allí ocasionara un daño a terceros utilizando bienes de ésta; pues, en este supuesto no se cumple con los requisitos para que el empresario actúe como garante de esta persona, por cuanto no mantiene con ésta vínculo alguno. Sin embargo, si el bien fuera especialmente riesgoso y no se hubiera tomado las precauciones adecuadas para impedir la materialización del riesgo a través de la actuación de terceros, el empresario o titular del bien será responsable directo. Igual criterio se aplicará para el supuesto del comitente, en los contratos de locación de servicios o en los contratos de obra.

Igualmente, en los casos en que el agente directo del daño, utiliza un bien riesgoso del tercero -vehículos motorizados por ejemplo-, y con éste ocasiona un daño, para

³⁹⁹ ABULÚ COLLAZOS: *Ob. Cit.* p. 14.

responsabilizar al tercero, es necesario que éste haya autorizado expresa o tácitamente el uso del bien por parte del causante directo, de lo contrario no resultará vinculado jurídicamente. Con ello se descartan los daños que se pudieran causar con bienes riesgosos hurtados o robados, o en el caso que fueran utilizados en contra de la voluntad de su titular; salvo que el titular hubiera incurrido en culpa en el cuidado del bien riesgoso.

Queda claro entonces que aun en los casos de responsabilidad objetiva, -caso de la garantía de reparación-, tiene que existir una vinculación entre el causante y el tercero, pues de otra manera no se podría determinar el nexo jurídico en virtud al cual el tercero debe asumir la calidad de “garante” del agente causante del daño.

En el caso del tercero responsable civilmente en el proceso penal, se trata de un típico caso de *responsabilidad vicaria*⁴⁰⁰, pues para poder hablar de tercero civilmente responsable⁴⁰¹, se presupone la existencia de un obligado directo (agente del delito) y a este agente necesariamente se le tiene que imputar dolo o culpa en su actuar, por estar proscrita toda responsabilidad objetiva.

No obstante, la exigencia de una actuación dolosa o culposa de parte del agente directo, sólo será necesaria para los casos de tercero civilmente responsable, es decir para tercero responsable comprendido en un proceso penal, pues, de lo contrario no habrá proceso; pero esta exigencia no será necesaria en la responsabilidad civil en general o en un proceso civil, toda vez que en esta vía, el tercero puede responder por garantía aun en los casos en que no se acredite dolo o culpa de parte del agente directo; en estos supuestos no se trata de tercero civilmente responsable -que es una institución jurídica propia del proceso penal- sino sencillamente de un obligado civil común.

Por otro lado, es necesario determinar, si el tercero civilmente responsable resulta ser *obligado principal*, respecto al resarcimiento, o si solamente es un *obligado*

⁴⁰⁰ En el proceso civil puede no tratarse de responsabilidad vicaria exclusivamente. Pues como se vienen sosteniendo en este trabajo -amparados en la doctrina al respecto-, la responsabilidad vicaria implica necesariamente que al obligado directo se le pueda imputar culpa o dolo, descartándose la vicariedad en los casos en que el obligado directo es responsable por riesgo creado o por algún otro factor de atribución de responsabilidad; independientemente de que en estos casos el tercero sea responsable también por riesgo o peligro creados u otro factor de atribución. Mas información sobre responsabilidad vicaria, en ZELAYA ETCHEGARAY: *Ob. Cit.* p. 76 y ss.

⁴⁰¹ En sentido similar MEINI MÉNDEZ, Iván: *“Responsabilidad Penal del Empresario por hechos cometidos por sus subordinados”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. p. 42.

subsidiario que responde sólo en casos de insolvencia o imposibilidad de responder por parte del obligado directo.

Al respecto, en el ámbito civil en general, *el tercero puede responder como único deudor*, por los daños ocasionados por el causante directo, tales son los casos del representante legal de un incapaz sin discernimiento (artículo 1976° del Código Civil), en cuyo caso la responsabilidad civil del tercero es directa y está “fundada en la propia culpa del obligado -tercero- con base en el deber asumido en su condición de titular de la patria potestad o guarda legal”⁴⁰². En estos supuestos, el tercero responde como obligado principal, pues, el causante directo ni siquiera resulta responsable. Este criterio también puede aplicarse a los casos en que el tercero tiene que responder a pesar de que el causante directo no ha incurrido en dolo o culpa -caso del que opera un bien riesgoso ajeno observando las reglas de prudencia, y a pesar de ello se produce el resultado dañoso-, aun cuando en estos supuestos el tercero es responsable por ‘riesgo’ y no por culpa o imprudencia, así como tampoco por ‘garantía’, pues hay un solo agente responsable.

En el supuesto de responsabilidad solidaria entre el tercero y el incapaz con discernimiento (persona sujeta a incapacidad de ejercicio), previsto en el artículo 1975° del Código Civil, hay un causante o responsable directo (el menor), y la responsabilidad civil solidaria del tercero se sustenta en el factor de atribución ‘garantía de reparación’, pero estos casos no constituyen supuestos de responsabilidad vicaria y por tanto no podrán ser tratados en la vía penal, al no configurar delito la conducta del causante directo, porque en nuestro ordenamiento jurídico penal, el menor no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena; asimismo no se le puede imputar una actuación dolosa o culposa, ya que estos factores de imputación están referidos a la actuación negligente de una persona con plena capacidad de ejercicio que cumplen un rol en la vida en sociedad, y ante el incumplimiento de dicho rol se le atribuye una consecuencia jurídica negativa a título de dolo o culpa, lo que no se le puede atribuir al incapaz, precisamente por su incapacidad; la que determina incluso que todavía se encuentre bajo la patria potestad de sus padres, o bajo la guarda de un tutor o curador. En este caso la atribución de responsabilidad civil al incapaz es simplemente una atribución legal

⁴⁰² ARANÚENA FANEGO: *Ob. Cit.* p. 188.

fundada en criterios de equidad⁴⁰³. Este criterio se aprecia más claramente en el artículo 1977° del Código Civil, en el que también se le atribuye la obligación resarcitoria al incapaz absoluto que actuó sin discernimiento alguno⁴⁰⁴.

Distintos serán los casos de responsabilidad *vicaria* del empleador o en general los casos de tercero responsable civilmente en el proceso penal; ya que en estos casos, por haber actuado el causante directo mediando dolo o culpa⁴⁰⁵ en su accionar, se le puede atribuir válidamente la responsabilidad por el daño ocasionado; a la vez que al haber afectado bienes jurídicos sujetos a la tutela penal, su conducta resulta especialmente reprochable, y por tanto se convierte en obligado civil principal y directo además de la responsabilidad penal que le pudiera alcanzar. Sin embargo, y siendo que en muchos casos este causante no está en la posibilidad de reparar adecuadamente el daño, el ordenamiento jurídico le asigna la calidad de “garante” al tercero responsable, para lograr de esta manera los fines de la responsabilidad civil. En estos supuestos, necesariamente habrá dos responsables, el principal o directo y el tercero que responde como garante del obligado principal. Con relación a la responsabilidad de este garante, se presenta sin embargo la discusión respecto a si debe responder en igualdad de condiciones que el causante o si debe ser sólo un obligado subsidiario.

Al respecto, consideramos necesario dejar para otra oportunidad la discusión a profundidad, de momento sólo queremos hacer algunas reflexiones en base al análisis de nuestra legislación y a ciertos criterios de derecho comparado. Debiendo precisar que desde que hemos empezado a tratar este tema hemos encontrado múltiples dificultades y criterios dispares que han determinado que también nuestra posición haya sido dispar⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Aun cuando el menor no es responsable penalmente, su responsabilidad civil (resarcitoria del daño que ocasione), queda debidamente establecida en el artículo 458° del Código Civil, modificado por Ley N° 27184, del 18 de octubre de 1999.

⁴⁰⁴ En este caso, por ejemplo puede responder un menor de 3 o 5 años que ocasionó el incendio de la casa del vecino, pero jamás vamos a pretender sustentar la obligación reparatoria del menor en el dolo o la culpa en su actuación, por el contrario su ‘responsabilidad’ es eminentemente normativa.

⁴⁰⁵ Téngase en cuenta que para hablar de persona que ha actuado con dolo o culpa, debemos presuponer que se trata de una persona con capacidad de acción y de culpabilidad e incluso de pena, más allá de la simple capacidad de discernimiento contenida en el artículo 1975° del Código Civil.

⁴⁰⁶ En efecto, en la primera edición de nuestro libro: *“La reparación civil en el proceso penal”*. (Idemsa, Lima, 1999) y en *“El tercero civil en el proceso penal”*. (Revista de Ciencias Penales, N° 9, Gráfica Horizonte, Lima, 2000), nos hemos pronunciado en el sentido de que el tercero civilmente responsable es un obligado subsidiario, y por tanto le asistía el derecho de repetición y el beneficio de excusión. Sin embargo, en la

En este sentido, debemos indicar que la legislación antigua nada decía respecto a la calidad del tercero civil en el proceso penal; en efecto, el Código Penal de 1924 y sus modificatorias, no hacían referencia al punto, estaba vigente únicamente el artículo 100° del Código de Procedimientos Penales (norma que todavía sigue vigente en parte del territorio nacional), relativo al embargo de bienes del procesado, el mismo que dispone que se trabará el embargo sobre los bienes del tercero civil, cuando el inculcado no posea los bienes suficientes para hacer frente al pago de la reparación civil. Con ello se establecía que el tercero civil únicamente era *garante* del obligado directo (imputado) y respondía sólo *subsidiariamente*. Esta norma se ha venido aplicando en la jurisprudencia más o menos de modo uniforme.

Sin embargo, con posterioridad al Código de Procedimientos Penales, el Código Penal en su artículo 95° ha establecido que el tercero civil y el agente del delito son solidariamente responsables respecto al pago de la reparación civil, disposición que resulta concordante con el artículo 1981° y 1983° en cuanto a la solidaridad del tercero y del directamente causante del daño. Asimismo, el artículo 1883° del Código Civil establece que el beneficio de excusión no tiene lugar cuando el sujeto se ha obligado solidariamente con el deudor. En el caso de la reparación civil proveniente del delito, como se ha visto, la solidaridad del tercero civilmente con el causante viene establecida por la ley. En este caso, por tratarse de normas posteriores se puede asumir que han derogado al artículo 100° del Código de Procedimientos Penales y por tanto, el tercero sería un obligado principal al igual que el causante del daño, este criterio habíamos asumido en la segunda edición de nuestro libro: “La reparación civil en el proceso Penal”, coincidiendo con SAN MARTÍN CASTRO⁴⁰⁷; pues, asumimos que aún cuando el tercero responda por el factor garantía de reparación, y por tanto como garante del obligado directo, por la solidaridad se convertiría en obligado principal, tal como lo establece el artículo 1186° del Código Civil. En tal sentido, cuando se le atribuya al tercero, responsabilidad conjunta con el causante directo, ambos pueden ser requeridos

segunda edición del libro referido, asumimos un criterio en el sentido de que ambos eran obligados principales, y por tanto no le asistía al tercero el derecho de repetición integral y el beneficio de excusión. Con posterioridad en nuestro trabajo “*Tercero Civil en el Proceso Penal- Breve análisis de la sentencia recaída en el caso Crousillat*” (Diálogo con la jurisprudencia, Número 96, Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre de 2006, pp. 47-63), hemos retomado nuestra primera posición sostenida en 1999, con ligeros matices motivados por una reflexión mayor sobre el tema.

⁴⁰⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César: “*La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito*”. En *Ius et Veritas*, N° 25, Lima, 2002, 332.

para el pago total de la obligación resarcitoria y si alguno de ellos pagara la totalidad de la obligación, no le asistirá el derecho de repetición por la totalidad de lo pagado⁴⁰⁸, sino únicamente por la porción que le corresponda pagar a su co-obligado solidario⁴⁰⁹; asimismo tampoco le asistirá el beneficio de excusión⁴¹⁰, precisamente por que ambos son obligados principales. Esta nos parecía la posición directamente dimanante de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, resolviendo la antinomia entre el artículo 100° del Código de Procedimientos Penales por un lado y el Código Penal y el Código Civil por el otro, a favor de estos últimos por tratarse de normas posteriores (criterio cronológico en la resolución de antinomias).

No obstante, y tal como lo hemos sostenido en nuestro trabajo *“Tercero Civil en el Proceso Penal- Breve análisis de la sentencia recaída en el caso Crousillat”*, con un análisis más detenido del ordenamiento jurídico, así como evaluando el contenido y naturaleza de cada uno de los factores de atribución de responsabilidad civil, y teniendo en cuenta el derecho comparado, consideramos que se puede sostener que efectivamente el tercero civil es un obligado subsidiario. Puesto que creemos que no se puede equiparar la conducta de quien actúa dolosamente o con culpa inexcusable y el tercero civilmente responsable, que sólo es un garante legal. Pues el derecho no desvalora con la misma intensidad a los actos dolosos o de culpa inexcusable (que en muchos casos se la equipara con el dolo) y a los demás supuestos de responsabilidad objetiva, en los que en muchos casos, inclusive se atribuye responsabilidad sin haberse determinado con claridad la antijuricidad de la conducta, e incluso (tal como se ha visto en páginas anteriores), se imputa responsabilidad pese a los supuestos de ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor. La mayor intensidad con que el ordenamiento

⁴⁰⁸ Por el derecho de repetición, si el obligado solidario paga la totalidad de la deuda o parte de ésta, puede repetir o reclamar la devolución de lo pagado al obligado principal, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1260° del Código Civil. Sin embargo, si se trata de un caso en que ambos son obligados principales, solamente podrá solicitar la repetición de la parte que le corresponda pagar a su coobligado, conforme a lo dispuesto por el artículo 1203 del Código Civil.

⁴⁰⁹ El Artículo 1203° del Código Civil establece que en las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos.

Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, el título de la obligación o de las circunstancias del caso.

⁴¹⁰ Por el derecho o beneficio de excusión, el tercero obligado solidariamente, puede exigir que antes de que el acreedor actúe o inicie acciones ejecutivas sobre sus bienes, debe haber agotado todas las posibilidades para accionar sobre los bienes del obligado principal. Sin embargo, no se posee el beneficio de excusión, cuando ambos son deudores solidarios, y en tal virtud, deudores principales.

responde ante los hechos dolosos y de culpa inexcusable, inclusive se encuentran normativamente establecidos, como puede apreciarse en el artículo 104° del Código Penal, en el mismo que se establece que las personas jurídicas que sean llamadas como terceros civiles, sólo responderán subsidiariamente (si los bienes de los bienes de sus funcionarios o o dependientes causantes del daño, fueran insuficientes). Igual criterio contienen las normas relativas a los seguros de siniestros de todo tipo, las que establecen que de existir alguna actuación dolosa, ésta desplaza al seguro y responderá el agente doloso o el que observó culpa inexcusable en su actuación; o en todo caso, no son asegurables los actos dolosos o de culpa inexcusable. Esta situación también está contenida, aunque de modo indirecto, en el artículo 1986° del Código Civil, que establece que “Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable”.

En el mismo sentido, en el Derecho comparado, la responsabilidad del tercero civil es subsidiaria, como puede verse en la legislación española, la que en el artículo 120 de su Código Penal establece: “... son también responsables civilmente, *en defecto* de los que lo sean criminalmente: (...) 3°.- Las persona naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción”. Contenido similar se expresa en los numerales 4) y 5) del artículo 120.4. La doctrina española claramente se pronuncia y muestra su conformidad con la subsidiariedad de dicho tercero⁴¹¹. Con ello, queda claramente establecido que le corresponde al tercero el derecho de repetición integral y el beneficio de excusión⁴¹². Sin embargo, el ordenamiento jurídico español, asume como factor de atribución de responsabilidad del tercero la ‘vieja *culpa in vigilando*’⁴¹³, no tomando en cuenta el factor de garantía de reparación.

⁴¹¹ “Para poder hablar de responsabilidad subsidiaria propiamente dicha, es necesario que exista otra de primer grado a la que aquélla venga a sustituir, constituyéndose una acción de repetición a favor del responsable subsidiario y a cargo del directo”. ARANGÜENA FANEGO, Coral: Ob. Cit. pg. 200.

⁴¹² En el mismo sentido MEINI MÉNDEZ, Iván: *Ob. Cit.* p. 39.

⁴¹³ MEINI MÉNDEZ, Iván: *Ob. Cit.* p. 42.

Siendo así, podemos proponer, aun cuando fuera de *lege ferenda*, que el tercero civil debe ser un obligado subsidiario que se beneficie con el ***derecho de repetición*** por la integridad de lo pagado, y con el ***beneficio de excusión***, por los cuales, si cumple con la prestación resarcitoria, podrá exigir la repetición o devolución de lo pagado al obligado principal, o exigir que antes de que se actúe sobre sus bienes, en primer lugar se agoten todas las posibilidades de realización o ejecución sobre los bienes del obligado principal, en este caso el condenado penalmente. Debe tenerse en cuenta sin embargo, que el tercero es obligado solidario con el agente causante, a tenor de lo dispuesto por el artículo 95° del Código Penal, y en tal virtud, se le puede exigir el pago de la totalidad de la prestación resarcitoria.

Por otro lado, debe quedar claro, que será posible comprender al tercero en el proceso penal, a efectos de garantizar el pago de la reparación civil, en todos los casos en que se lo pueda vincular, mediante el factor garantía de reparación; debiendo descartarse la idea, sostenida por muchos abogados de nuestro medio amparados en cierta jurisprudencia antigua, en el sentido de que sólo se puede comprender al tercero, si es que el causante directo actuó “culposamente”, y no en los supuestos de actuación dolosa. Pues, el dolo o la culpa, en su caso, vinculan penal y civilmente, sólo al causante directo, más no así al tercero, quien resulta vinculado por el factor garantía; y si este factor se puede determinar respecto del tercero, no interesa si el causante directo actuó con dolo o solamente con culpa.

Finalmente, el tercero responsable civilmente, en el proceso penal puede ser una persona natural o una persona jurídica, inclusive pueden ser los patrimonios autónomos, a los cuales se les pueda considerar como centros de imputación de derechos y obligaciones patrimoniales. Igualmente la responsabilidad subsidiaria del tercero civil en el proceso penal, le alcanza al Estado, Municipios, Entes Públicos, etc.⁴¹⁴

⁴¹⁴ “La responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 22 del C.P. alcanza también al Estado, Comunidades autónomas, Provincias, Municipios y demás entes públicos, en defecto de quienes sean responsables criminalmente, por los hechos delictivos cometidos en el ejercicio de sus cargos o funciones o en ocasión de ellos”. ARANGÜENA FANEGO, Coral: ***Ob. Cit.*** p. 197.

En igual sentido se pronuncia ARBULÚ COLLAZOS al referir que: “El Estado asume la obligación de indemnizar por las razones de garantía frente a las víctimas y por cuanto se encuentra en mejor actitud que la víctima para cobrar ese importe del funcionario, pues debido a la relación de dependencia, tendrá diversos mecanismos para hacerse reembolsar: descuento de salarios, indemnizaciones acumuladas, etc.”. ***Ob. Cit.*** pg. 15.

3.6.2.3. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADOR

En determinados casos de daños, a la vida, a la salud de las personas u otro tipo de daños materiales⁴¹⁵, ocasionados por culpa,⁴¹⁶ provenientes, fundamentalmente, de acciones vinculadas a la conducción de vehículos motorizados⁴¹⁷, sea de transporte terrestre, aéreo o marítimo, o a la operación de otros bienes riesgosos o peligrosos; la propia ley exige que quien realiza estas actividades -llamado habitualmente, transportista, concesionario, etc., contrate una “póliza de seguro que cubra accidentes personales de sus pasajeros, conductor, cobrador y terceros”⁴¹⁸; con lo cual el propio ordenamiento jurídico garantiza que ante la eventualidad de la materialización de los

⁴¹⁵ Conforme a la Ley General de Transporte y tránsito Terrestre N° 27181 y su Reglamento D.S N° 024-2002-MTC, se puede asegurar los daños causados a las personas (vida o salud), sean ocupantes o terceros no ocupantes del vehículo automotor, que puedan ser determinados de una manera cierta. También se puede contratar adicionalmente una póliza de seguros por daños materiales (art. 9° del Reglamento).

⁴¹⁶ Hablamos sólo de daños contra la vida y la salud de las personas u otro tipo de daños materiales, ocasionados por culpa, porque únicamente para estos casos, se exige a los agentes potenciales de daños a estos bienes jurídicos, contratar seguros obligatorios por supuesta responsabilidad civil frente a terceros, tal como lo dispone la Ley No: 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (8-10-99) y el Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, D.S. N°: 024-2002-MTC; y sólo de daños por culpa porque los daños dolosos no son objeto del contrato de Seguro al que hacen referencia las normas indicadas. Pues se habla de daños ocasionados por accidente de tránsito, y a la vez se define al accidente de tránsito, como un “evento súbito imprevisto y violento ...”, con lo que se descarta las actuaciones dolosas.

Asimismo, la legislación de Transporte Aéreo (Ley de Aeronáutica Civil N° 27261 y su Reglamento D.S.: 050-2001-MTC) que para estos efectos también resultan de aplicación a las Aeronaves de propiedad estatal) y de Transporte Marítimo, hace la misma exigencia. Amén de que cualquiera que tuviera el temor fundado de que con sus actividades o con sus bienes, puede causar daños a estos bienes jurídicos -Vida y salud de las apersonas- u otro tipo de daños, puede contratar seguros voluntarios a efectos de cubrir el riesgo de sus actividades.

⁴¹⁷ El TUO. del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y de Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito habla de “*vehículo automotor*” y “*vehículo no automotor*”, definiendo al primero como “Aquél que se desplaza por vías de uso público terrestres con propulsión propia”; y a los segundos como “remolque, acoplado, casa rodante u otros similares que carecen de propulsión propia y que circulan por las vías terrestres de uso público halados por un vehículo automotor. Asimismo, se considera como tal, al vehículo menor no motorizado o similar”.

⁴¹⁸ El artículo 29° de la Ley General de Transporte y de Tránsito Terrestre, Ley No.: 27181, establece: Que “la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados”. Nótese que se está haciendo referencia a todo tipo de daños, con lo que incluye a los daños que venimos tratando.

Asimismo, el artículo 30° de la mencionada Ley establece:

30.1. Todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza vigente de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito según los términos y montos establecidos en el reglamento correspondiente. Su aplicación es progresiva, de acuerdo al Reglamento respectivo.

30.2. El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubre todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como producto de un accidente de tránsito.

30.3. Lo dispuesto en los puntos precedentes no enerva la obligatoriedad de contar con los seguros especiales que establezcan los reglamentos correspondientes para el transporte público, según la naturaleza del servicio. Estos criterios son desarrollados con mayor detalle en el Reglamento de esta ley como se ha indicado en líneas anteriores.

riesgos asegurados, produciendo daños a los bienes jurídicos anotados, el resarcimiento del daño, sea inmediato y por cuenta de la entidad aseguradora⁴¹⁹.

En general la entidad aseguradora, queda obligada frente al asegurado, conforme a la póliza de seguro contratada, es decir conforme a las cláusulas del contrato de seguro suscrito entre el asegurado y la entidad aseguradora. En dicho contrato el asegurado se obliga a pagar la prima correspondiente al riesgo asegurado y el asegurador a cubrir el monto del daño si es que en determinado período de tiempo se concreta el riesgo para cuya eventualidad se contrató el seguro. En el presente caso, el asegurador se compromete a pagar el costo de los daños ocasionados a la vida o la salud de las personas o eventualmente otro tipo de daños, como establece el artículo 9º del Reglamento. Sin embargo, al tratarse del asegurador en el proceso penal, no se consideran los daños ocasionados a bienes jurídicos distintos a la vida y la salud de las personas, porque aun cuando se produjeran, los hechos causantes no serán configurativos de delito, por lo que no serán materia de un proceso penal -no hay delito de daños culposos en general, sino únicamente delito de lesiones u homicidio culposos-, en este caso si se tratara del otros daños materiales asegurados, en caso de falta de pago, su tratamiento corresponde a la vía civil.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1988º del Código Civil, “La ley determina el tipo de daños sujetos al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro”. En este sentido, los concesionarios de las empresas de transporte terrestre están obligados a contratar seguros de responsabilidad civil para los posibles daños que pudieran causar a terceros en el ejercicio de sus actividades, a tenor de lo dispuesto por la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley No.: 27181 y el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accedente de Tránsito. Asimismo conforme al D. S. 024-2004-MTC, se ha creado el Fondo de compensación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito⁴²⁰. Igual criterio se sigue en las

⁴¹⁹ Todas las empresas aseguradoras quedan sujetas a lo dispuesto por la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y de Seguros.

⁴²⁰ El Fondo de Compensación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, creado por el D. S. N° 024-2002-MTC y desarrollado por el D. S. N° 024-2004-MTC, crea un fondo con el propósito de cubrir los daños que sufran víctimas de accidentes de tránsito ocasionados por vehículos que no hayan sido identificados y se den a la fuga. Con este seguro se cubren gastos médicos y gastos de sepelio. Este fondo está a cargo de un comité de

actividades de transporte realizadas por las empresas o entidades que realizan transporte aéreo y marítimo. Además de que conforme a su respectiva normatividad, los que llevan a cabo determinadas actividades riesgosas están obligados a contratar seguros obligatorios, tal es el caso de la actividad minera.

Entonces, por daños a la salud o la vida de las personas, provenientes de conductas culposas, o en general por bienes o actividades riesgosos o peligrosos -no existe seguros por conductas dolosas-, puede llamarse para que asuma el costo del resarcimiento, al tercero contratado por el causante del daño, esto es, puede llamarse al asegurador. El asegurador, si bien es cierto que se obliga, en principio, ante el asegurado, -potencial agente del daño-, en virtud al contrato de seguro y a la vigencia de la póliza, puede ser llamado por el propio perjudicado o víctima, para que directamente resarza el daño; ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 332° de la ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y de Seguros, el mismo que dispone que “... las indemnizaciones se paguen directamente a los asegurados, **beneficiarios** y/o endosatarios...”, criterio que es reiterado por la Ley y el Reglamento relativo a los seguros obligatorios por responsabilidad civil; lo que a su vez es corroborado por la doctrina al respecto, la que es uniforme para admitir la posibilidad de que el asegurador sea requerido directamente por el beneficiario del seguro. En este caso los beneficiarios serán los que pudieran resultar perjudicados con la materialización del riesgo asegurado, es decir con el daño ocasionado en ejercicio de la actividad asegurada. Claro que, en general, se considera beneficiario a la persona que indique el asegurado en la correspondiente póliza de seguro, pero para el caso del seguro por responsabilidad civil se entiende que el beneficiario será el sujeto pasivo del daño (del delito).

Ahora bien, el asegurador puede ser requerido para ejecutar el resarcimiento del daño fuera de un proceso judicial, en un proceso civil, o en el caso de que el hecho causante del daño constituyese delito, podrá ser requerido para el resarcimiento en el propio proceso penal⁴²¹. En este caso el asegurador resulta **obligado principal**,

administración integrado por funcionarios del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de la Superintendencia de Banca y de Seguros y de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros. En este D. S. se establece el procedimiento para tener acceso a la cobertura y el plazo durante el cual se puede reclamar (4 meses a partir del accidente de tránsito).

conjuntamente con el causante directo; y en tal virtud no le asiste ni el derecho de repetición y menos el beneficio de excusión; pues el asegurado -causante del daño- ha contratado al asegurador precisamente para que lo sustituya o reemplace en el acto de asumir el costo del daño. Obviamente, también al asegurador le corresponde el derecho de defensa respecto a la determinación de la existencia y de la magnitud del daño, así como también respecto al factor de atribución de responsabilidad al causante del daño, ya que si fuera ocasionado por dolo, la empresa aseguradora podrá quedar exenta de responsabilidad (facultad que no le alcanza al tercero civil). Por tanto, deberá ser citado debidamente en el proceso penal.

Por otro lado, si de conformidad a la póliza de seguro contratada, o a la cobertura de ésta respecto al riesgo, la póliza no llegara a cubrir todo el daño, el asegurador, sólo responderá por el monto asegurado, mas no por el total del daño; en cuyo caso el saldo lo asumirán solidariamente el obligado directo y el tercero civilmente responsable de ser el caso; es más, aun por el monto asegurado, puede requerirse al obligado directo y al tercero mientras el resarcimiento no haya sido asumido por el asegurador. Pues mediante la responsabilidad civil, y sobre todo, con el moderno derecho de daños, lo que se pretende es dotar a la víctima o agraviado de todos los mecanismos y garantías tendientes a lograr el resarcimiento del daño.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL

Al hablar de responsabilidad penal nos ubicamos directamente en el marco del control penal o específicamente del Derecho penal y sus principales respuestas constituidas por la pena pública y la medida de seguridad; esto es, en el ámbito de la concreción de dichas consecuencias jurídico penales, cuando se ha producido una afectación de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Muchas veces se identifica a los fines del Derecho penal con los fines de la pena⁴²², aun cuando también

⁴²¹ En este sentido DE ÁNGEL YÁGÜEZ sentando su posición al respecto y comentando la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español sostiene que "... la acción directa del perjudicado contra la aseguradora cabe también en el proceso penal, por razones de economía procesal, siempre que no redunde en perjuicio o indefensión para los legítimos intereses de la compañía aseguradora". *Ob. Cit.* p. 379.

⁴²² "Todo el ordenamiento y el sistema penales, es decir en lo normativo y en lo teórico, desde sus fundamentaciones filosóficas e históricas, con su compleja regulación y su minuciosa doctrina del delito, no tiene otra función o sentido del delito que establecer las bases o condiciones de la pena, o en su caso, de la exclusión de ella, cualesquiera que los fines que se propone el derecho punitivo sea, tiene que proponérselo y

constituye una finalidad del Derecho penal, precisamente la ‘no aplicación de la pena’⁴²³, o en todo caso, también interesa al Derecho penal ‘juridificar’⁴²⁴ o legitimar la respuesta penal⁴²⁵. El control penal o concretamente el derecho penal, como ya se ha

perseguirlo mediante la pena, o, expresado con mayor propiedad, como fines de la pena”. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel: Ob. Cit. p. 50.

Para determinar los fines o funciones de la pena, conforme a los autores Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig se debe tener en cuenta las distintas teorías:

1.- Teoría de la Retribución (absoluta). Es la más tradicional, asigna a la pena la retribución exigida por la justicia; responde a la convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Filosóficamente sus representantes son Kant y Hegel. Sostiene Kant que el hombre es un fin en sí mismo, no es lícito instrumentalizarlo al servicio de la sociedad, no sería ético fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Se basa la pena en que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia; se impone la sanción para que todos comprendan el valor de sus actos. Sostiene Hegel dentro de su concepción dialéctica de los fenómenos, que el ordenamiento jurídico es la tesis, el delito (negación del ordenamiento jurídico) es la antítesis y la pena (retribución), es la síntesis (negación de la negación) con lo que se afirma el ordenamiento jurídico). Esta concepción retribucionista de la pena no ha sido seguida en términos estrictos ni por la doctrina ni por las legislaciones y casi siempre se ha atribuido a la pena fines sociales de prevención.

2.- Teoría de la Prevención (Relativas). Asignan a la pena la misión de prevenir el delito, como medio de protección de determinados intereses sociales. Le asignan una función **utilitaria**, la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La pena no se justifica como mero castigo del mal. No como respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir futuros delitos. La retribución mira al pasado, la prevención al futuro. A la vez, estas teorías perciben la **Prevención General** (dirigida a la colectividad), la que puede ser **positiva**, que busca que la colectividad internalice la norma penal y de este modo se motive en la misma, con lo que se reafirma el propio derecho penal y el sistema en su conjunto; o **negativa**, dirigida a internalizar la conminación que implica la pena y la motivación de no delinquir. Por otro lado se considera la **Prevención Especial** dirigida al sujeto que ha delinquido, buscando evitar que vuelva a delinquir quien ya sufrió la pena; por esto, mediante la pena se busca su resocialización, intimidación e inocuización. Buscando en definitiva la protección de los bienes jurídicos.

3.- Teoría Mixta. Combina los criterios, de realización de la justicia; protección de la sociedad a través de la amenaza dirigida a la colectividad (prevención general); y protección de la sociedad evitando la reincidencia (prevención especial). MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN. **“Derecho Penal. Parte General”**. Segunda Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Caps. II y III. MIR PUIG, Santiago **“Derecho Penal. Parte General”**. Cuarta Edición, Impreso por Tecfóto S. L., Barcelona, 1996.

Aun cuando los criterios absolutos prácticamente han sido superados, modernamente DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA con su criterio de **“Retribucionismo Moderno”**, realiza una “... defensa sólida y persuasiva de la retribución como única, exclusiva y excluyente finalidad de la pena...”. Buscando de este modo compatibilizar la pena con la dignidad humana dentro del Estado liberal. **Ob. Cit** Cap. IV y p. 137 y 138. Con nota de José Luis Guzmán Dalbora.

Igualmente la medida de seguridad tiene como función la prevención del delito, frente a un sujeto peligroso (prevención especial); cumpliendo asimismo una función curativa, además de la asegurativa de bienes jurídicos.

⁴²³ “... los fines del Derecho penal se corresponden con los fines de sus consecuencias jurídicas, estimándose que éstas son las penas y las medidas de seguridad. Sin embargo debe repararse en que otra consecuencia jurídica de la intervención del Derecho penal es la no aplicación de la pena y la medida de seguridad: la libertad, en suma”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. J.M. Bosch, Barcelona, 1992. p. 188.

⁴²⁴ “... lo característico del Derecho penal moderno no se halla en lo ‘penal’, en lo punitivo, pues este fenómeno ha existido siempre a lo largo de la historia y subsiste aún hoy al margen de lo que conocemos como Derecho penal. Su especificidad se encuentra en cambio, en ser ‘Derecho’ en la juridificación del fenómeno punitivo, en el sometimiento del mismo al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico”. BARATA, en cita de Silva Sánchez: **Ob. Cit.** p. 190.

⁴²⁵ Ideal legitimador y de justificación del Derecho penal, desde un nivel del ‘deber ser’ se sitúa en la noción ‘máxima protección y máximas garantías’. SILVA SÁNCHEZ: **Ob. Cit.** p. 299. Para ello el Derecho penal ha

indicado, actúa para prevenir las conductas activas u omisivas que generan un menoscabo al interés público que da contenido a los bienes jurídicos, y de este modo propende a la seguridad jurídica y la paz social, aunque en la mayoría de casos puede matizarse la protección de estos intereses con la protección a intereses privados que se agotan en la esfera privada de la víctima, o también con el respeto de las garantías necesarias para salvaguardar los derechos del imputado⁴²⁶. En este sentido, hay que diferenciar los intereses que revisten una importancia pública o social del interés que puede tener de modo particular el portador o titular del bien jurídico⁴²⁷; los primero constituyen bienes jurídicos penalmente tutelados⁴²⁸ y los segundos bienes jurídicos de naturaleza privada al amparo del Derecho civil.

Sólo luego de la atribución válida de responsabilidad penal al agente de la afectación del bien jurídico, se puede legitimar la aplicación de una consecuencia tan gravosa como estas medidas penales (pena y medida de seguridad).

Tal como ya se ha indicado, la responsabilidad penal es “... la carga legal (mejor, seguramente, es hablar de carga que de obligación) que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho (...). La responsabilidad es la situación legal en que una persona se ve inmersa para asumir coactivamente esas consecuencias como la carga de su obrar. Responsable, a su vez, es la persona que por haber ejecutado el hecho punible en circunstancias que no lo exoneran de cargar con las consecuencias jurídicas del mismo, se ve abocado por ley y la sentencia a soportarlas, sufrirlas o llevarlas sobre sí (...). Responsable es la persona como tal, responsabilidad la situación jurídica que se le hace asumir por virtud de la sentencia condenatoria. Jurídicamente nadie es responsable antes de ser condenado por el juez competente al término de un proceso

elaborado y desarrollado los principios reguladores del control penal, los que de no existir, implicaría que el Derecho penal fuese arbitrario o ilegítimo.

⁴²⁶ “... la función del Derecho penal no consiste en absoluto en una completa protección de bienes jurídicos, sino, más bien, en un complejo entramado del interés de la víctima en su protección, el interés del autor en su libertad y el interés de la comunidad en la prevención y la seguridad jurídica”. SCHUNEMANN, en cita de Silva Sánchez, *Ob. Cit.* p. 188.

⁴²⁷ CEREZO MIR; José: *Curso de Derecho penal español. Parte general*. T.I., Tecnos, Madrid, 2000, p. 13.

⁴²⁸ “...El injusto penal presupone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y que sobre esa base, la teoría de la imputación objetiva fija el ámbito de lo penalmente prohibido ponderando los particulares intereses de protección y de libertad”. ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual* Grijley, Lima, 2007, p.95.

legal”⁴²⁹. Si responder es contestar, dar razón de lo que se nos pregunta o se nos plantea, en materia de derecho debemos responder cuando nuestra actitud motiva un cuestionamiento, un interrogatorio que nos hace el mismo Estado o un particular. Responder es dar cuenta, es contestar, y en último extremo -cuando se demuestra que nuestra acción es contraria a aquélla que nos estaba mandada-, esa obligación de rendir cuentas hace que se nos tenga por responsables, y que debemos asumir las consecuencias de la violación en que hemos incurrido⁴³⁰. “**Responsabilidad** es la consecuencia final de la acción: reunidos todos los requisitos que la ley exige, el individuo debe responder ante la sociedad. Esa responsabilidad se traduce, en lo penal, en el cumplimiento de la pena, y en lo civil -generalmente- en el pago de una indemnización”⁴³¹. El delito es siempre entendido como conducta *punible*, no como conducta *penada*.

4.1. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En general, las funciones de la responsabilidad penal, coinciden en gran medida con las propias funciones o misiones del Derecho penal, las mismas que tal como refieren JESCHECK y WEIGEND, es “... proteger la convivencia en sociedad de las personas (...) tiene por ello, un significado fundamental como ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales”⁴³²; lo que a su vez se identifica con los fines o funciones que se atribuye a la pena⁴³³, a los que debe agregarse el desarrollo y adopción de garantías referidas al agente del delito, vinculadas a la vigencia de sus derechos

⁴²⁹ FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. “*Derecho Penal Fundamental*”. Vol. II, Temis, Bogotá, 1998, p. 441.

⁴³⁰ TERRAGNI, Marco Antonio. *Ob. Cit.* p. 16.

⁴³¹ TERRAGNI, Marco Antonio: *Ob. Cit.* p. 160.

⁴³² JESCHECK, Has Heinrich y WEIGEND, Thomas: *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete de la quinta edición, Buenos Aires, 2002, p. 2. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, refiriéndose a la norma penal, refiere que su función “... sólo puede comprenderse en un sistema social de convivencia”: *Introducción al Derecho penal*. 2da edición, Editorial IB de F., Montevideo – Buenos Aires, 2002, p. 88.

O también como refieren OLMEDO CARDENTE y ARAUJO NETO, la misión del Derecho penal “... no es otra que la de proteger los *valores* que una organización social estima en un momento histórico y cultural determinado como necesarios de una tutela imprescindible”. *Introducción al Derecho Penal*. Ara Editores, Lima, 2007, p. 34.

⁴³³ Además de los fines tradicionales que ordinariamente se ha atribuido a la pena, actualmente se ha encontrado un contenido más rico y diferenciador vinculado a un amplio programa político criminal que tome en cuenta la cooperación penal internacional y la ayuda de otras disciplinas científicas. ROXIN: *La teoría del Delito en la discusión actual*. Traducción de Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 88.

fundamentales; asimismo, también debe considerarse la atención del Derecho penal centrada en el sujeto de la pena; pues, actualmente ya no se ve a éste únicamente como la persona que debe soportar la pena ni se asume esfuerzos terapéuticos obligatorios contra éste, sino por el contrario, ahora se le otorga “... más y más la oportunidad de convertirse en sujeto y co-diseñador de la realización sancionadora”⁴³⁴; pues se toma en cuenta en mayor medida, su voluntad, y para ello se está optando por sanciones penales que no anulen la libertad y decisión del sujeto de la sanción penal⁴³⁵.

En forma específica, al igual que la responsabilidad civil, la función principal de la responsabilidad penal es la protección de bienes jurídicos⁴³⁶, sólo que la primera protege a los bienes jurídicos sustentados en un interés particular de las personas y la segunda los intereses públicos trascendentes⁴³⁷; éstos últimos son los que configuran los presupuestos básicos de la convivencia social, y aun cuando pueden clasificarse a su vez conforme a su mayor relevancia o jerarquía⁴³⁸, todos son indispensables para la pervivencia de la vida en sociedad⁴³⁹.

⁴³⁴ ROXIN: *Ob. Cit.* p. 86.

⁴³⁵ Al respecto, CEREZO MIR, refiere que: “La función del Derecho penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, el Derecho penal ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y de apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción”.

Estos criterios, aún cuando constituyen las orientaciones dogmáticas o científicas de la ciencia del Derecho penal, no son unánimes en la doctrina y muchas veces, legislativamente; así también en las prácticas policiales y judiciales, se optan por criterios funcionales en orden a evitar o disminuir concretamente la criminalidad. En este sentido, HASSEMER refiere: “... el individuo no tiene que ser intimidado o, en su caso, castigado, no es el fin, sino un elemento funcional o paso obligado para la imposición de una pena que tiene una finalidad concreta, evitar la criminalidad en el futuro”. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal.* Temis, Bogotá, 1999, p. 10.

⁴³⁶ “... La *función básica y legitimadora* del Derecho penal es la protección de la comunidad social mediante la específica protección de los bienes jurídicos. Labor que se lleva a cabo por medio de la *segunda función* racionaliza la acción punitiva y que es la prevención, ya sea a través de la prevención general ya de la especial”. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: *Curso de Derecho Penal español. Parte General.* Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 53.

⁴³⁷ Claro que el Derecho penal no agota sus funciones en la protección de bienes jurídicos, tal como lo indica SCHUNEMANN “... la función del Derecho penal no consiste en absoluto en una completa protección de bienes jurídicos, sino, más bien, en un complejo entramado del interés de la víctima en su protección, el interés del autor en su libertad y el interés de la comunidad en la prevención y la seguridad jurídica”. En cita de Silva Sánchez: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo.* J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 188.

⁴³⁸ Se puede establecer una jerarquía de los bienes jurídicos penalmente tutelados, en función a que los de mayor jerarquía son los que están referidos a la base de existencia del sistema, contándose en este rubro los derechos subjetivos individuales o derechos fundamentales como la Vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio, el honor, etc; seguidamente los que están en conexión con el funcionamiento del sistema y que son los que protegen o crean las condiciones para la vigencia de los primeros, como el medio ambiente, la protección del consumo, la competencia, etc; luego los bienes jurídicos institucionales que están vinculados a la viabilidad de las relaciones intersubjetivas, como la fe Pública, la administración de justicia, etc; y finalmente los bienes jurídicos de control, referidos a la seguridad del Estado, etc. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “*Derecho Penal Parte Especial*”. Segunda Edición, Ariel, Barcelona, 1991. p. 5.

Sin embargo, la nota característica de ambos tipos de responsabilidad está constituida por el hecho de que la responsabilidad civil es eminentemente *resarcitoria* y la penal es básicamente *preventiva y punitiva*.

Como se ha visto al tratar las funciones de la responsabilidad civil, hay autores, que desde la perspectiva del Derecho civil, le atribuyen a ésta las tres funciones anotadas (resarcitoria, preventiva y punitiva), con lo que rebasando su propio ámbito invaden el de la responsabilidad penal; asimismo, desde el Derecho penal hay autores que atribuyen a la responsabilidad penal, igualmente, las tres funciones, con lo que superando sus propios límites hacen lo mismo que los civilistas pero en sentido contrario; obviamente con ello, distorsionan el contenido real de cada una de estas instituciones restándoles funcionalidad y rendimiento práctico.

Por nuestra parte ya hemos precisado que la función de la responsabilidad civil es básicamente *resarcitoria* e indirectamente *preventiva*; en cambio la función de la responsabilidad penal es directamente *preventiva y punitiva*. Pues la responsabilidad civil está orientada al resarcimiento del daño, sin pretender funciones ético-sociales, de tratamiento del agente o de pacificación y protección de la sociedad, por lo menos directamente; en cambio el Derecho penal a través de la atribución de responsabilidad penal, directamente está involucrado con estas últimas funciones⁴⁴⁰; por ello se habla de funciones *represivas*⁴⁴¹ y de función *simbólica*⁴⁴².

⁴³⁹ JAKOBS, resta importancia al bien jurídico en el sentido expuesto, y por el contrario considera que el objeto de protección del Derecho penal, es la vigencia efectiva de la norma, no los intereses sociales e individuales, como se ha indicado. “Lo que constituye una lesión de un bien jurídico penal no es la causación de la muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido realizar el comportamiento que acarrearía consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente; su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma”. JAKOBS, Hunter: “*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*”. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Morillo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S. A. Madrid, 1995. p. 46.

⁴⁴⁰ JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* pp. 2 y ss. SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* pp. 300 y ss.

⁴⁴¹ JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* pp. 4 y ss. Cuando hacen referencia a la “... misión de proteger a la sociedad mediante el castigo de transgresiones del Derecho que ya han tenido lugar; (...) El Derecho penal, a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, tiene como finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del Derecho”.

⁴⁴² SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* pp. 304 y ss. Se refiere al efecto real que causan las mandatos y prohibiciones mediante la aplicación de las sanciones jurídico penales, “... Pero además de esta función de transformación de partida, o, lo que es peor, en lugar de ella, las leyes pueden desempeñar, por otro lado, una función meramente

Estas funciones reconocidas uniformemente al Derecho penal y por tanto a la responsabilidad penal, como puede verse, inciden en el impacto que ésta produce en la realidad social, al emitir un mensaje de protección de los bienes jurídicos y control de las conductas desviadas. A la vez que, inciden en el sujeto de la infracción, al mismo que considera principal objeto de análisis y buscan influir en él a fin de prevenir las conductas delictivas; en todo caso, se busca sancionar al agente con la pena justa por el delito ya cometido. Pero para esto, es fundamental la culpabilidad del agente, la misma que es el principal presupuesto de la responsabilidad, puesto que fundamenta la pena y determina su magnitud. En cambio en la responsabilidad civil todos estos presupuestos son irrelevantes; aquí se pone el énfasis en el daño producido y en la necesidad de su reparación; el asunto es acá el resultado de la acción humana, a diferencia del ámbito penal en el que más importa la acción que afecta al bien jurídico, el peligro que se genera para éste o la infracción de los deberes de los cuales es o era portador el sujeto⁴⁴³. Si de modo mediato, la responsabilidad civil también se orienta a la prevención de los daños (como también lo hace el ordenamiento jurídico en su conjunto), esto constituye sólo una función eventual e indirecta, la misma que por sí sola no tendría ninguna importancia, si es que previamente no se cumple con la función resarcitoria o reparadora.

En Derecho penal no se ha trabajado mayormente la *responsabilidad* como categoría propia de la teoría del delito, habiéndose incidido sobre todo en la *culpabilidad*, sin embargo, ha sido ROXIN quien ha desarrollado, a nuestro juicio, el verdadero contenido de la responsabilidad diferenciándola de la culpabilidad y precisando los presupuestos para definirla o determinarla; habiendo seguido para ello, más allá de los conceptos puramente dogmáticos, criterios de política criminal. Al respecto, sostiene el ilustre penalista alemán que “... la responsabilidad, como segunda categoría central del sistema del hecho punible, debe fundarse en la teoría de los fines

simbólica, que tiene lugar no en la realidad exterior (puesto que no se aplican), sino en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros produciría la satisfacción de haber hecho algo; en los segundos, la impresión de tener el problema bajo control”.

⁴⁴³ En el sentido anotado ha evolucionado el Derecho penal, tal como refiere HASSEMER: “... el actual favorecimiento de tópicos como ‘dominio del futuro’ en perjuicio de una respuesta adecuada o, si se quiere, ‘justa’ a las cuestiones actuales (así por ejemplo, se hace recaer el acento en la ‘prevención’ en lugar de la ‘retribución’; en el ‘riesgo’ en lugar de la lesión del bien jurídico)”. *Ob. Cit.* p. 11. En sentido similar SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal*. Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2001. También ROXIN: *Problemas actuales de Dogmática penal*. Ara Editores, Lima, 2004.

de la pena. Mientras que mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de cuáles hechos son objeto de las prohibiciones penales, la categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo qué presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él”⁴⁴⁴. Asimismo, ROXIN considera que no es suficiente la culpabilidad para fundamentar la punibilidad, sostiene que para ello es necesario ‘una necesidad preventiva de punición’, ya que existen casos en que pese a estar presente la culpabilidad puede prescindirse de la pena o suspenderse su ejecución⁴⁴⁵; ya que: “Cuando no exista una necesidad de pena, sea bajo puntos de vista de prevención especial sea bajo puntos de vista de prevención general, la pena carecerá de una justificación penal. En tal caso, no tendría una legitimación social y no deberá ser impuesta”⁴⁴⁶. Y concluye finalmente indicando que “... *la categoría delictiva que sigue al injusto tiene que hacer objeto del juicio –naturalmente sin perder la vinculación a la ley-, junto a la culpabilidad, también a la exigibilidad preventiva de sanción penal y resumir ambos elementos bajo el concepto de ‘responsabilidad’*”⁴⁴⁷. Con ello ROXIN establece un ‘concepto funcional de culpabilidad’; “... la culpabilidad ya deja de ser vista como el elemento fundamentador de la pena para pasar sólo a ser el límite superior de la determinación de la pena”⁴⁴⁸.

Así ROXIN concibe un sistema bipartito del delito, dentro del cual, si bien se encuentran todas las categorías tradicionales del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) así como también se toman en cuenta las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias o causales de inculpabilidad, las categorías que resultan realmente importantes y determinantes son el ‘injusto penal’ y la ‘responsabilidad penal’⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ ROXIN: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción de Manuel Abanto V., Idemsa, Lima, 1998, p. 32.

⁴⁴⁵ ROXIN, *Ob. Cit.* p.33. Criterio distinto expresa HASSEMER al considerar que “... tanto el si, como el cómo de la pena dependen de su efecto, no de cuestiones de culpa o de merecimiento”. “... por ‘efecto’ se entiende primariamente, las consecuencias de la conminación penal y de la pena en el individuo y, secundariamente, desde el punto de vista estratégico, las consecuencias en la general evolución de la criminalidad”. *Ob. Cit.* p. 10.

⁴⁴⁶ ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley, Lima, 2007, p. 44.

⁴⁴⁷ ROXIN, *Ob. Cit.* p. 34. El mismo criterio expresa Bernd SCHÜNEMANN: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa, Lima, 2006, pp. 236 y 246.

⁴⁴⁸ JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 231.

⁴⁴⁹ Este mismo criterio es sostenido por SCHÜNEMANN refiriéndose a un sistema teleológico del Derecho penal, e indica: “De esta dicotomía de valoraciones básicas jurídico – penales se desprende que únicamente un sistema *bipartito* satisface las exigencias lógicas (...) tan sólo dos elementos –esto es, el injusto y la responsabilidad– pueden conformar la base del sistema teleológico del Derecho penal. *Ob. Cit.* p. 76.

4.2. RESPONSABILIDAD PENAL, DOGMÁTICA PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

La responsabilidad penal se ha desarrollado dentro de la sistemática de la teoría del delito, donde ha adquirido contornos concretos, superando el simple criterio de atribución con el que se la concebía desde los inicios del Derecho penal. Es así que constituye una categoría propia de la dogmática o ciencia del Derecho penal, la que ha cimentado su legitimidad y ha definido sus límites y contenido, haciendo posible su concepción y aplicación segura y predecible⁴⁵⁰.

La dogmática⁴⁵¹ jurídico - penal es el conjunto sistemático⁴⁵² de conocimientos jurídicos rigurosamente estructurados, elaborados u obtenidos a través de metodologías propias de las ciencias jurídicas (dogmática, exegética, hermenéutica y sobre todo la argumentación jurídica), que señala los límites y define los conceptos o categorías jurídicas que permiten la aplicación segura y predecible del Derecho penal, lo que a la vez dota de racionalidad a la actividad jurídico - penal sustrayéndola de la arbitrariedad y la improvisación⁴⁵³. Sin embargo, este sistema constituido por la dogmática, no puede ser absoluto y cerrado por sus propias premisas o conclusiones, por el contrario, debe

⁴⁵⁰ “... la ciencia del Derecho penal ha construido todo un sistema para determinar en qué casos existe responsabilidad delictiva”. CARO CORIA, Carlos: *Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs*. En Temis N° 35, Revista de Derecho, Lima, 1997, p. 125.

⁴⁵¹ El término ‘*dogmática*’ aún cuando no es el más feliz, ha sido aceptado universalmente como sinónimo de ciencia del derecho o construcción jurídica sistemáticamente organizada. Este término se acuñó para hacer referencia a las obras de los juristas franceses, que por resultar de la coincidencia entre el Derecho romano y las costumbres francesas, se las consideraba como ‘dogmas’ aplicables a todos los países y a todos los tiempos, de modo acrítico y sin necesidad de aportar justificaciones a las soluciones jurídicas planteadas. NINO, Carlos Santiago: *Los límites de la responsabilidad penal*. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 67.

⁴⁵² Al respecto debemos entender como sistema científico (sin entrar en detalles respecto a la múltiple diversidad de conceptos de sistema) “... la ordenación lógica de los *conocimientos particulares* alcanzada en la ciencia de que se trate (...) la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo en relación lógica tales conocimientos (...) mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen”. SCHÜNEMANN, Bernd: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa, Lima, 2006, pp. 13 y 14.

⁴⁵³ “A la Dogmática penal le es inherente una notable estabilidad que se ha visto reforzada por el influjo persistente de la jurisprudencia”. JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 211.

“Su finalidad última ha de ser la de proporcionar un modelo más explicativo de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y posibilitando así la doble finalidad de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una reducción de la intervención penal y de su intensidad a los límites estrictamente necesarios”. SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 64.

estar orientado a lograr la solución efectiva de los conflictos sociales⁴⁵⁴ y permanecer abierto a los nuevos conocimientos, a las nuevas soluciones o a los nuevos problemas⁴⁵⁵. Asimismo, debe mostrarse capaz de resolver cualquier tipo de antinomias que surjan al interior del mismo, salvando de este modo la ordenación lógico – sistemática que le da unidad y coherencia⁴⁵⁶. De este modo, pueden dejarse de lado, ciertos cuestionamientos respecto a la falta de uniformidad en el diseño y contenido de las categorías jurídicas así como también respecto a las incertidumbres que podría presentar la dogmática fundadas en las diversas perspectivas desde las cuales se la enfoca⁴⁵⁷, o también, fundada en el elevado grado de abstracción que muchas veces alcanza⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ “... en la base de la dogmática se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema, orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo”. SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 49.

⁴⁵⁵ “En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas”. ROXIN: *Ob. Cit.* p. 4.

⁴⁵⁶ Al respecto SCHÜNEMANN acertada y sintéticamente refiere: “... en resumen puede asegurarse: “1) que el razonamiento sistemático y elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional; 2) que soluciones contrarias al sistema que no pueden ‘integrarse’ en éste ni siquiera mediante una reforma del mismo ponen de manifiesto *eo ipso* deficiencias materiales del ordenamiento jurídico; 3) que, por otro lado, jamás debe sobrevalorarse el alcance del sistema obtenido, de modo que la aparición de nuevos problemas debe provocar el sometimiento a prueba de la sistematización existente. En resumidas cuentas, el ideal de la elaboración sistemática del Derecho penal (como en la ciencia jurídica en general) viene presentado por un ‘sistema abierto’ que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a la modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales”. *Ob. Cit.* p. 32.

⁴⁵⁷ Carlos Santiago NINO por ejemplo, criticando la perspectiva o metodología ‘conceptualista’ de la ciencia del Derecho penal, la que considera ‘de aplicación en la actual’ (1981) dogmática penal, sostiene: “... la metodología conceptualista no favorece sino que, por el contrario, perjudica a los ideales de certeza y previsibilidad: en la medida en que las posiciones a favor de ciertas soluciones para problemas de responsabilidad penal no se defiendan explícitamente sobre la base de principios valorativos que se sometan al control de una discusión crítica (...), sino sobre la base aparente de meras distinciones conceptuales fundadas, por ejemplo, en presuntas intuiciones sobre la ‘naturaleza de las cosas’, se abre el camino para que se proceda arbitrariamente a proponer soluciones divergentes mediante construcciones conceptuales distintas, con la tranquilidad de conciencia de que ello no supone un determinado compromiso axiológico”. *Los límites de la responsabilidad penal*. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 82.

Estas aseveraciones sin embargo, resultarían pertinentes, para el caso de la dogmática tradicional acusada de conceptualismo y positivismo de la que dimanó la jurisprudencia de conceptos, la que actualmente se ha superado, no sólo con la inclusión de las dimensiones axiológica y social en el seno de la dogmática, sino y sobre todo, con la integración de la dogmática penal con las necesidades de política criminal que actualmente orientan el desarrollo de la ciencia jurídico penal, conforme a los planteamientos de ROXIN: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción de Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

⁴⁵⁸ “Pero los inconvenientes de un grado elevado de elaboración de los ‘criterios de relevancia’ relativos a la consideración de las realidades jurídicas están bien a la vista. Cuanto más se convierte el lenguaje de la ley en un lenguaje artificial o técnico, con la finalidad de favorecer la vinculación y el control del Juez y desarrollo del ‘Derecho judicial’ y de la dogmática jurídica, más se aleja del lenguaje común, del de los no juristas, que es a quienes en definitiva la ley se quiere dirigir y a quienes se aplica. De aquí viene el reproche que los ciudadanos dirigen contra el legislador, en el sentido de que regula demasiadas cosas y se expresa mal, y contra los juristas en general, a quienes se acusa de haber perdido la ligazón con la sociedad y la propia realidad, todo ello hasta el

La teoría del delito, constituye la expresión científica mejor lograda de la ciencia del Derecho en general y de la dogmática penal en particular, ésta ha alcanzado un nivel de abstracción y sistematización plena y a través del rigor de sus postulados ha legitimado al *jus puniendi* estatal, a la vez que ha generado la presencia de seguridad jurídica en el Derecho penal⁴⁵⁹, tanto desde la perspectiva del Estado así como desde la perspectiva del presunto destinatario de la norma penal (agente del delito).

Las categorías elaboradas por la teoría del delito, a la par con los principios reguladores del control penal (legalidad, humanidad, proporcionalidad, lesividad, etc.), definen y delimitan la actuación punitiva del Estado, legitimándola sólo en los casos en que las necesidades político criminales lo requieran; a la vez que diseñando la forma de la reacción estatal, determinando el instrumento penal con el cual se debe hacer frente al delito (tipo de pena, medida de seguridad o una consecuencia accesorio). Asimismo, protegen los derechos fundamentales de los justiciables, al impedir la injerencia estatal en el ámbito privado de los sujetos, cuando ésta no se justifique por criterios de estricta necesidad político – criminal, a la vez que la proporcionalidad de la reacción exigida por la teoría del delito, impide la ingerencia arbitraria del Estado sobre los derechos fundamentales de las personas.

La teoría del delito, proporciona la seguridad jurídica anotada, al desarrollar de modo claro y comprensible, cada uno de los conceptos, elementos, o niveles de análisis del delito, los que deberán acreditarse en el momento que sea necesario para la concreción de la consecuencia prevista por la norma penal; estos conceptos deben coincidir con las finalidades u objetivos políticos – criminales⁴⁶⁰ que orientan el ordenamiento jurídico que la sociedad y el Estado se han trazado en determinado momento histórico.

Finalmente, la teoría del delito también tiene incidencia en la forma como se concreta la reacción penal en cada caso específico, esto es en el procesamiento del

punto de que la palabra ‘dogmática’ se convierte en injuriosa”. HASSEMER, Winfrid: *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1984, 117.

⁴⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, con cita de Jescheck: *Aproximación...* p. 44.

⁴⁶⁰ ROXIN: *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 42. Criterio que es compartido ampliamente por la doctrina penal mayoritaria. Al respecto también se pronuncia favorablemente SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 27 y 88. De igual modo SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 66.

agente orientado a imponer la consecuencia jurídica prevista por la norma, pues, cada uno de los elementos del delito deben ser susceptibles de ser probados en el proceso⁴⁶¹.

Sin embargo, la teoría del delito no ha tenido un desarrollo pacífico, así como tampoco existe unanimidad en el diseño y contenido de cada uno de sus elementos y categorías, presentando especial interés el determinar si la teoría del delito debe significar una construcción jurídica abstracta válida para todos los ámbitos y tiempos o se debe elaborar a partir de la ley vigente. Al respecto, sin caer en los postulados del positivismo y formalismo (que abogaban por una ciencia del derecho neutral y exenta de toda valoración y de toda referencia a lo social y lo político), y teniendo en cuenta los criterios de política criminal imperantes, debemos afirmar de la mano de JESCHECK y WEIGEND, que la “... teoría general del delito debe deducirse de la ley o, ser compatible con ella”⁴⁶².

La teoría del delito ha experimentado una notable evolución a la par con el propio Derecho penal, existiendo diversas escuelas o teorías que desde particulares perspectivas han elaborado y desarrollado su contenido, a la vez que han delineado los diferentes elementos o categorías integrantes del delito. Así, han surgido a su turno la teoría de *Clásica (formalista o causalista)*, la *teoría neoclásica o neokantiana*, la *teoría finalista* y las *teorías teleológicas*, estas últimas con sus variantes más caracterizadas en el funcionalismo moderado de ROXIN y el funcionalismo radical o sistémico de JAKOBS; obviamente cada una de estas teorías a su vez presentan múltiples variantes que no es del caso desarrollar aquí.

Para abordar las categorías del delito, si bien podemos valernos de todos los contenidos útiles de cada una de las teorías en mención, debemos interpretar cada concepto o elemento dentro de su marco categorial y metodológico, de tal suerte que no se atente contra la sistemática de la teoría así como tampoco se contradiga la coherencia y unicidad del sistema elaborado por la teoría con la cual se trabaja.

⁴⁶¹ “... el concepto de delito debe ser compatible con las condiciones de la persecución penal en un *procedimiento* formalizado. Para ello, tal procedimiento debe ser tan **claro** y **sencillo** que puede ser tratado de modo igualitario y seguro en el proceder rutinario de la policía, la fiscalía, y los tribunales que operan con un período limitado de tiempo y con escaso personal. Además, los elementos del concepto delito deben ser **comprobables** en el proceso penal y **acreditables** a través de los medios probatorios admisibles. Por ello los ingredientes subjetivos únicamente pueden ser aplicados si se encuentran tan estrechamente vinculados a factores objetivos como para que puedan ser indagados con fiabilidad. Esta es la razón por la que los elementos normativos deben poseer un núcleo esencial de carácter descriptivo”. JESCHECK Y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 213.

⁴⁶² JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 211.

En el presente trabajo, como ya lo hemos indicado desde un comienzo, seguimos los criterios teleológicos comprendidos en la teoría funcional moderada de ROXIN⁴⁶³, esto es la teoría que, para su construcción y sistematización así como para la determinación del contenido de cada uno de los conceptos o elementos del delito, toma en cuenta las necesidades político criminales que orientaron la promulgación de la norma penal, las mismas que también deberán tenerse en cuenta para la elaboración de la doctrina que se formule a partir de esta norma, así como también para su posterior aplicación. O dicho en palabras del propio ROXIN: “... los tres requisitos fundamentales que deben exigirse a un sistema fructífero, claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales”⁴⁶⁴.

4.3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

También en el ámbito de la responsabilidad penal, al igual que en la responsabilidad civil, nos encontraremos ante una conducta o acción humana (hecho dañoso en Derecho civil) la misma que en la mayoría de casos (en los delitos de resultado)⁴⁶⁵ debe producir cierto resultado para configurar el ‘tipo penal’. A partir del tipo penal y luego del análisis de los demás elementos constitutivos del delito, recién podremos atribuir responsabilidad penal al agente de la acción. En ciertos casos (sobre todo, cuando concurren varias acciones a la producción del resultado), para la determinación del nexo causal o relación de causalidad, se presentan dificultades, en orden a lo cual se han generado diversas teorías. Entre las principales están *la teoría de la equivalencia de condiciones*, *la teoría de la causa adecuada*, *la de la relevancia jurídica* y *finalmente la imputación objetiva*.

Conforme a la teoría de la *equivalencia de condiciones* o de la *conditio sine qua non*, causas del resultado son todas las condiciones negativas y positivas que concurren

⁴⁶³ Si bien la teoría esbozada por ROXIN, no habría alcanzado aún los contornos de un sistema propiamente dicho, tal como lo indican SCHÜNEMANN, puesto que la posición dominante en la actualidad debe todos sus contenidos esenciales al finalismo (SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 64; JESCHECK Y WEIGEND: *Ob. Cit.* p. 229), sin embargo, la nueva orientación de los principios de construcción del sistema iniciado por este insigne penalista alemán, sienta las bases de un nuevo sistema. SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p.64.

⁴⁶⁴ ROXIN: *Política Criminal y sistema del Derecho penal*”. Traducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 57. Criterios que suscribe en su plenitud, SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 64-

⁴⁶⁵ Este nexo causal o relación de causalidad no resulta relevante en los supuestos de delitos de simple acción o de delitos de peligro (aún cuando en los supuestos de delitos de peligro concreto se puede hablar de ciertos efectos de la acción que podrían asemejarse a un resultado)

a producir el resultado, de manera tal que suprimiendo alguna de ellas, el resultado no se concreta⁴⁶⁶. Conforme a esta teoría se extiende enormemente las causas de un resultado, con lo que finalmente no se resuelve el problema, por cuanto considera igualmente causantes a todos los que de una u otra manera intervinieron en la cadena causal, por remotas que hubiesen sido las posibilidades de contribuir a la producción del resultado o de causar éste con su sola intervención. Asimismo, resultaba completamente injusto que quien contribuía mínimamente en los acontecimientos, sea responsable en la misma medida que el que con su accionar hubiera producido por sí solo el resultado. Por todo ello, esta teoría no resulta útil por sí sola.

Conforme a la teoría de la *causa adecuada o de la adecuación* “... causa es, en sentido jurídico, únicamente la condición típicamente adecuada”⁴⁶⁷. Esta teoría parte de una observación empírica; se trata de saber, dentro de la universalidad de causas que encarna cada situación, qué causas *normalmente* producen tal resultado. No todas las causas que concurrieron a la producción del resultado pueden ser consideradas como causas en sentido jurídico; y por tanto, no todas las causas obligan a su autor a asumir el papel de ‘causante’, para ello se requiere que la causa sea adecuada, es decir que sea idónea para producir el resultado. Que una causa sea idónea o típicamente adecuada, conforme a esta teoría, significa que esa causa *normalmente* es capaz de producir el resultado. Produce normalmente el resultado cuando conforme a la experiencia cotidiana o el curso normal y ordinario de las cosas, a una acción determinada le corresponde determinado resultado, y a determinada causa determinado efecto. Si concurrieran diversas causas a la producción del resultado, la causa jurídicamente relevante será la más adecuada o más idónea, las demás se consideran únicamente como condiciones o factores concurrentes pero no causas propiamente dichas.

Aun cuando teóricamente esta teoría aparentemente resulta clara, sin embargo, no es sencillo determinar qué causa produce ‘normalmente’ el resultado, por ello asumiendo criterios más concretos, se dice que una condición será adecuada para

⁴⁶⁶ Ya STUART MILL había establecido en el terreno filosófico que ‘la causa de un resultado es la suma total de las condiciones negativas y positivas tomadas en conjunto, que concurren a producirlo’. BUSTAMANTE ALCINA, Jorge: *Ob. Cit.* p. 222.

En el Derecho Von Buri, estableció que “... constituye causa de un evento todo aquello que de un modo u otro ha contribuido a su realización; es decir todos los hechos sin los cuales no se hubiera dado el evento -las *conditiones sine quae non*- son causa del mismo; y todas son equivalentes, pues la falta de cualquiera de ellas habría hecho inexistente el evento”. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *Ob. Cit.* p. 286.

⁴⁶⁷ WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 57.

producir el resultado, cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que en las circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente. Pero *previsible objetivamente* lo es casi todo, por eso la teoría de la causa adecuada recurre a otro criterio limitador de la causalidad, el de la *diligencia debida*, en virtud a ésta, quien realiza la acción con la diligencia debida, aunque sea previsible el resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente. “Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente los dos *criterios selectivos* que sirven para precisar cuando una acción es adecuada para producir el resultado”⁴⁶⁸. Aún cuando esta teoría en la ciencia penal tiene prestigiosos partidarios⁴⁶⁹, ha sido complementada y muchas veces reemplazada por criterios normativos, que han dado origen a la *Teoría de la Relevancia Jurídica* y también a la *Teoría de la Imputación Objetiva*.

La teoría de la ***relevancia jurídica*** se ha elaborado a partir de la teoría de la equivalencia de condiciones y la teoría de la adecuación, limitando la relevancia penal únicamente a las causas que pudieran tener cierta idoneidad para producir el resultado, y considerando además que luego de acreditada la relación de causalidad -conforme a la teoría de la equivalencia de condiciones- se debe tener como resultados de la acción -o como causas del resultado-, únicamente a los que entran dentro del fin de protección de la norma penal. En este sentido se pronuncia Wessels cuando indica: “Oponiéndose a la teoría de la adecuación, la teoría de la *relevancia jurídica* que se le aproxima en cuanto al resultado final (Mezger, Blei), distingue rígidamente entre la cuestión de la causación y la imputabilidad objetiva del resultado: al comprobar la *relación causal*, se basa con la opinión dominante, en la teoría de la condición (teoría de la equivalencia de condiciones). En cambio, con respecto a la *imputación del resultado*, remite a la *relevancia penal* del suceso causal, reconociendo como fundamentadora de la responsabilidad únicamente (como la teoría de la adecuación) las *condiciones típicamente adecuadas* dentro del curso causal, pero sin perder de vista el *fin de protección de la norma* y las *peculiaridades del tipo penal de que se trata* (...). En el

⁴⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: “*Derecho Penal Parte General*”. Tirant lo Blanch, 2da. Edición, Valencia, 1996, p. 244.

⁴⁶⁹ WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p.57.

aspecto dogmático, la teoría de la relevancia al separar exactamente la causación y la imputación del resultado, es preferible a la teoría de la adecuación”⁴⁷⁰.

Asimismo, para el derecho penal actualmente está cobrando especial importancia la teoría de la **Imputación Objetiva**, la misma que, en su versión más moderada, toma en cuenta, además de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, especialmente la cuestión de si un resultado socialmente perjudicial puede serle imputado al autor como su “propia obra”, teniendo en cuenta la posibilidad humana de realización⁴⁷¹. Conforme a esta teoría, para algunos casos, ni siquiera se requiere la constatación de la relación de causalidad propiamente dicha, sino que basta que al sujeto activo le sea *imputable objetivamente* el no haber impedido el resultado cuando debió haberlo hecho en virtud de su posición de garante⁴⁷². En estos casos, para la mayoría de autores, luego de comprobar la relación de causalidad, se imputará el resultado al agente, únicamente si con su actuar creó un riesgo para el bien jurídico o aumentó un riesgo ya existente y si este riesgo llegó a concretarse en un resultado, y si este resultado se produce dentro del ámbito de protección de la norma infringida⁴⁷³. Adicionalmente,

⁴⁷⁰ WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 58.

⁴⁷¹ WESSELS, Johannes: *Ob. Cit.* p. 60.

⁴⁷² ABANTO VÁSQUEZ: En traducción de la “**Imputación Objetiva**” de Roxin, Idemsa, Lima, 1997, p. 15. La imputación objetiva no se corresponde siempre en Derecho Penal con la causalidad. *Por una parte*, existen casos en los que la imputación objetiva se afirma pese a la ausencia de relación de causalidad. Un ejemplo importante de ello lo constituyen los delitos de omisión impropia. También falta una verdadera causación del resultado cuando se impide la prosecución de un intento de salvación y, por ello, se realiza el resultado lesivo. En ambos casos concurre sólo una causalidad hipotética (mentalmente supuesta). Además en materia de condiciones objetivas de punibilidad no es preciso que se encuentren en relación de causalidad con el hecho punible en sí mismo la producción del resultado grave.... JESCHESK, Hans Heinrich: *Ob. Cit.* p. 379. La doctrina actual subraya, por ello, con razón, la independencia y, en su caso, incluso preferencia del baremo jurídico que representa la imputación objetiva frente a la categoría científico - naturalística de la causalidad. Sin embargo debe partirse de la base de que son excepcionales los supuestos en los que cabe fundar la imputación objetiva sin ayuda de la causalidad. JESCHECK, Hans. H. *Ob. Cit.* p. 379.

⁴⁷³ “.... el ámbito de prohibición jurídico - penal sólo puede comenzar allí donde se constata la realización de una acción que excede de lo jurídicamente permitido. De un modo general se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo existente más allá de los límites de lo permitido es ya suficiente para imputar el resultado que suponga la realización de ese riesgo no permitido...” “La **creación de un riesgo no permitido**, lo que ya supone por lo menos una falta de diligencia, la consiguiente realización de ese peligro o riesgo en el resultado y la **producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida**, son, pues, los criterios que hay que aplicar para, a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó. MUÑOZ CONDE. y GARCÍA ARÁN: *Ob. Cit.* p. 246. Desde una perspectiva del funcionalismo radical de Jakobs y sus seguidores, para la imputación objetiva del tipo penal, no resulta relevante el nexo causal entre acción y resultado, éstos se sustentan mayormente en la infracción del rol o de los deberes de los cuales es portador el sujeto; pues prescinden de todo elemento empírico o naturalístico dentro de su teoría funcional sistémica del Derecho penal.

Complementariamente, **Imputación Objetiva**: MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Ob. Cit.* pp. 245 a 248. WESSELS: *Ob. Cit.* pp. 51 a 64. ROXIN: “**Derecho Penal. Parte General**”, pp. 342 a 411. CANCIO MELLIA, Manuel: “**Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en el Derecho Penal**”. Bosch, Barcelona, 1998.

se han desarrollado otros criterios de imputación objetiva, fundamentalmente, para extraer del ámbito penal a determinadas conductas, tales son los casos del principio de confianza, de la prohibición de regreso, ámbito de protección de la víctima (el que lleva a la exclusión de la imputación en casos de autopuesta en peligro o actuación a propio riesgo)⁴⁷⁴.

4.4. CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL

En la sistemática de ROXIN, avalada por SCHÜNEMANN, que asumimos en la presente investigación, se ha desarrollado la ‘*responsabilidad penal*’ como una categoría adicional dentro de la teoría del delito. Ésta se integra junto a la culpabilidad, por la exigibilidad preventiva de sanción penal⁴⁷⁵. Con ello se ha creado un ‘concepto funcional de culpabilidad’⁴⁷⁶, y ésta ya deja de ser vista como el elemento fundamentador de la pena para pasar a constituir sólo el primer elemento de la responsabilidad penal, la que se concretará sólo si se constata además, las exigencias preventivas de necesidad de pena que hay que deducirla de la ley en el caso concreto. Esto es, la culpabilidad de quien comete el injusto –pese a la asequibilidad normativa-

JAKOBS: “*La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*”. Traducción de Cancio Melliá. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996. ABANTO VÁSQUEZ: Traducción de Imputación Objetiva de Roxin, Idemsa, Lima, 1997. JESCHECK: *Ob. Cit* pp. 376 a 394. DIAZ VALCÁRCEL, Luis María: “*Causalidad e Imputación Objetiva*”, Madrid, 1994. SALAS ALMIRAL, Salvador: “*Causalidad e Imputación Objetiva en los Delitos de Peligro*”. Madrid, 1994. STRUENSEE, Eberhard: “*Atribución Objetiva e imprudencia*” Cuadernos de Política Criminal N° 44, 1991 Instituto Universitario de Criminología, Madrid, 1991. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: “*Curso de Derecho Penal*”. Editorial Universitas, Madrid, 1996. pp. 358 a 386. REYES ALVARADO, Yesid: “*El concepto de imputación objetiva*”. En revista Internacional. Derecho Penal contemporáneo. N° 1, Legis, Bogotá Colombia, octubre – diciembre 2002, pp. 5 y ss. PUPPE, Ingeborg: *La imputación del resultado en el Derecho penal*. Ara Editores, Lima, 2003.

⁴⁷⁴ Respecto a la imputación objetiva, debe tenerse en cuenta sin embargo, que existen dos vertientes desde las cuales se desarrollan los criterios de imputación objetiva, el primero está constituido por los desarrollos provenientes desde las perspectivas finalistas del delito, las mismas que están referidas sobre todo a la imputación del resultado al agente de la acción. Ésta se aplica únicamente a los delitos imprudentes y de resultado, cuando la acción se concreta en un resultado dentro del ámbito de protección de la norma (no se aplica a los delitos dolosos, a los de simple acción o peligro y tampoco a los casos de tentativa); y justamente sobre ello se enfila las críticas en su contra, pese a que es la perspectiva mayoritariamente aceptada tanto por la doctrina así como por la jurisprudencia. La otra perspectiva es de corte netamente normativa y ha sido desarrollada por la corriente funcionalista radical (Jakobs), ésta superando todas las crítica anteriores, se aplica tanto a delitos dolosos como culposos, a delitos de resultado y de simple actividad así como también a los casos de tentativa. Sin embargo, no es asumida mayoritariamente por la doctrina ni por la jurisprudencia, al igual que la teoría funcionalista radical. Al respecto ver el interesante artículo de REYES ALVARADO, Yesid: *El concepto de imputación objetiva*. En revista Internacional. Derecho Penal contemporáneo. N° 1, Legis, Bogotá Colombia, octubre – diciembre 2002, pp. 5 y ss. Asimismo, JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Cancio Melliá, Grijley, Lima, 2001.

⁴⁷⁵ ROXIN, *Ob. Cit* p. 34. El mismo criterio expresa Bernd SCHÜNEMANN: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa, Lima, 2006, p. 236.

⁴⁷⁶ JESCHECK y WEIGEND: *Ob. Cit* p. 231.

es una condición necesaria para la punición pero no suficiente, debe adicionarse todavía la necesidad preventiva de punición⁴⁷⁷.

La culpabilidad, si bien es una categoría fundamental en la teoría del delito, no es definida de modo unánime, inclusive algunos enfilan sus ataques planteando prescindir de ella en la teoría del delito, o en todo caso erosionando su contenido y estructura⁴⁷⁸. Sin embargo, tal como lo resume SCHÜNEMANN, "... debe mantenerse la culpabilidad como principio de limitación junto a la prevención como principio de fundamentación de la pena, lo que hace necesaria una ampliación de la sistemática tradicional del Derecho penal con la categoría de la responsabilidad"⁴⁷⁹; así como también como principio para la medición de la pena⁴⁸⁰. Ello nos indica que debe distinguirse debidamente entre culpabilidad para la fundamentación de la pena y culpabilidad para la medición de la pena. La primera "... atañe a la cuestión de bajo qué presupuestos existe culpabilidad, esto es el 'si' de la pena, del supuesto de hecho o tipo de conexión para la imposición de la pena, se trata del concepto sistemático jurídicopenal de culpabilidad (...). En cambio la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al 'conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto'⁴⁸¹.

La culpabilidad debe entenderse como una actuación injusta a pesar de que el mandato normativo era asequible al sujeto, esto es "... estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico (...). Cuando la posibilidad psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existe en el caso concreto"⁴⁸². El sujeto está en la capacidad de comportarse

⁴⁷⁷ ROXIN: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción de Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, p. 33.

⁴⁷⁸ Estos ataques y erosiones es denunciado por HASSEMER, quien indica: "El principio de culpabilidad está siendo bombardeado. Tras mucho tiempo sin ser cuestionada como justificación de la pena, como indicador de su medición y como criterio de imputación y exculpación, se le considera hoy como sospechoso de mala metafísica, con signo de un derecho penal autoritario (...) hace ya mucho tiempo que el propio legislador penal ha ido erosionando sus paredes maestras allí, donde éste le impedía llevar a cabo una eficaz política criminal". *Ob. Cit.* p. 51.

SCHÜNEMANN constata igual situación, "... el principio de culpabilidad, después de haber necesitado de siglos para su plena realización y aceptación como principio jurídico fundamental "*kat' exojen*" (que en griego significa 'por excelencia') en muy poco tiempo vuelve a abandonarse y a estimarse superfluo e incluso nocivo". *Ob. Cit.* p. 199.

⁴⁷⁹ SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 246.

⁴⁸⁰ ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*. p. 814.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² ROXIN: *Ob. Cit.* p. 808.

conforme al mandato de la norma y sin embargo no adopta ninguna de las alternativas de conducta que le son asequibles y no son contrarias a la norma.

De este modo, se deja de lado el criterio mayoritario seguido por la doctrina en el sentido de que la culpabilidad se elabora a partir de la posibilidad de ‘actuar de otro modo’, puesto que esta situación como fenómeno empírico no puede constatarse; y si se hiciera depender de ello la culpabilidad, en todos los casos resultaría de aplicación el principio de *in dubio pro reo*, en tal caso sería un contrasentido un Derecho penal basado en la culpabilidad⁴⁸³, que es el que rige en todos los Estados de Derecho. Con esto sin embargo, no se quiere decir que la culpabilidad sea una hipótesis indemostrable, sino por el contrario, la asequibilidad normativa que configura la culpabilidad, constituye un fenómeno empírico constatable a través de la Psicología, la Psiquiatría, etc. Claro que debemos tener en cuenta al respecto lo expresado por LACKNER: “... conforme al estado del conocimiento no hay método, y probablemente nunca lo habrá, que permita un pronunciamiento científicamente comprobable sobre la capacidad de determinada persona para evitar una determinada acción en una determinada situación”⁴⁸⁴

Obviamente al evaluar el contenido empírico de la culpabilidad no podemos dejar de lado la valoración normativa jurídico-penal contenida en la norma, por lo que debemos concebir a la culpabilidad como un concepto objetivo-normativo en el que no se deben dejar de lado las orientaciones y necesidades político criminales. En tal sentido resulta ilustrativa la definición de culpabilidad formulado por BOTTKKE, quien indica que: “La culpabilidad es, de hecho el poder de organización mal empleado por un organizador dotado de capacidad de reacción ante la norma. Dado que los hechos punibles sólo son contactos sociales organizados por hombres, la culpabilidad por el hecho sólo cabe predicarse de aquel poder de organización mal utilizado, encaminado hacia una conducta punible, por persona con capacidad de reacción ante la norma”⁴⁸⁵; o como refiere ROXIN: “El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la

⁴⁸³ ROXIN: *Ob. Cit.* p. 800.

⁴⁸⁴ ROXIN: *Ob. Cit.* p. 807.

⁴⁸⁵ BOTTKKE, Wilfried: *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*. Trad. Guillermo Benlloch Petit. En: Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Roxin, Editor J.M Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 1997, p. 47.

norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho”⁴⁸⁶.

Como ya se ha indicado, la culpabilidad no es suficiente para configurar la responsabilidad penal, en virtud a la cual se hace responder penalmente al sujeto, para ello se requiere como elemento complementario la *necesidad preventiva de pena*, la que de no estar presente no se justificaría la sanción penal. Si bien, normalmente en la gran mayoría de casos, la actuación culpable precisa de sanción penal también por razones preventivas, pues es suficiente para fundamentar la punición, y por tanto, no se requiere de una fundamentación especial y adicional de la necesidad preventiva de pena, sin embargo existen casos en que dicha necesidad preventiva decae, por tratarse de supuestos de culpabilidad disminuida sin llegar a estar totalmente anulada; tales son los casos de *exceso en la legítima defensa o la necesidad exculpante*, en los mismo que el legislador, por razones de política criminal, renuncia, ‘sólo en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, en sí todavía posible, del reproche de culpabilidad’⁴⁸⁷; en estos casos, se hace innecesaria la respuesta penal del Estado. Acá la libertad de acción del sujeto se encuentra reducida o casi anulada. En éstos, aun cuando está presente la culpabilidad (disminuida), no se ha concretado la responsabilidad penal y por tanto, se descarta la punición. Distintos serán los casos, por ejemplo, de *inimputabilidad o el error de prohibición*, en los que faltará desde un principio toda culpabilidad, y por tanto, ya no se trata de la ausencia de necesidad preventiva, sino de ausencia de culpabilidad.

La concepción de la responsabilidad penal configurada a partir de la culpabilidad y la necesidad preventiva armoniza la Dogmática de un Derecho penal preventivo, al cual se ha transitado desde un Derecho penal retributivo, tal como refiere SCHÜNEMANN, adhiriéndose sin reservas a la propuesta de ROXIN⁴⁸⁸.

Ahora bien, el hecho de atribuírsele responsabilidad penal al agente del delito, no implica necesariamente que sobrevenga la punición, puesto que existen otras categorías que se interponen entre la responsabilidad penal y la punibilidad, como son las *condiciones objetiva de punibilidad o las excusas absolutorias* que en forma específica

⁴⁸⁶ ROXIN: *Ob. Cit.* p. 792.

⁴⁸⁷ ROXIN: *Ob. Cit.* pp. 814 y 815.

⁴⁸⁸ SCHÜNEMANN: *Ob. Cit.* p. 217.

pueden considerarse en un tipo penal concreto, o también pueden presentarse supuestos de exención general de pena como la prevista en el artículo 68° del Código Penal peruano.

4.5. PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD

En un Derecho penal preventivo (de la culpabilidad), el problema no es ya la justificación de la imputación en sí misma, ni la legitimación del Estado para imponer el castigo, sino las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y, en consecuencia el castigo⁴⁸⁹. Esto es, para la aplicación de la pena se precisa de la verificación del injusto penal así como de la *responsabilidad penal* de su autor o partícipe; pues como refiere MIR PUIG: “La infracción personal de una norma primaria de determinación permite imputar la antijuridicidad penal a su autor, pero ello no basta para considerar adecuada la imposición al mismo de una *pena*. Ésta no recae directamente sobre el hecho, sino sobre su autor, de modo que para que resulte legítima no basta un hecho penalmente antijurídico y concretamente antinormativo, sino que es preciso que su autor aparezca como un *sujeto idóneo* para responder penalmente. He aquí el significado de la responsabilidad penal del sujeto como último supuesto de un hecho punible a su autor”⁴⁹⁰. Ello nos lleva a precisar la justificación y concreción de la punibilidad que hacen posible su aplicación al caso específico.

La “*punibilidad*” es concebida como posibilidad legal (abstracta) de referencia y aplicación de la pena, constituye una necesidad lógica para la definición del delito⁴⁹¹. En cambio, hablar de conducta penada, implica que esa posibilidad legal de pena, ya se ha concretado en la imposición de dicha pena al agente del delito. Ello nos lleva a distinguir tres conceptos que comúnmente son considerados equivalentes y que sin embargo son distintos: punibilidad, penalidad y pena.

“La *punibilidad*, por la misma contextura de la palabra que la denomina, no puede consistir sino en la aptitud para ser penado, o, dicho de otro modo menos general y

⁴⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y DÍAZ PITA, María del Mar: En Prólogo a la traducción del libro de HASSEMER, Winfried: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1999, p. VII.

⁴⁹⁰ MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General*. Cuarta Edición, Tecnofoto S.L., Barcelona, 1996. p 541.

⁴⁹¹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás: “*Derecho Penal. Parte general*”. 4° Edición, Tirant lo Blanch, Valencia p. 859

vago, la cualidad de un acto que lo hace susceptible de ser sancionado penalmente, o todavía con más propiedad la nota característica inherente al concepto de delito según la cual puede ser sancionado con el particular tipo o especie de sanción jurídica que es la pena” (...). Por **Penalidad** se debe entender la amenaza penal, esto es la amenaza abstracta con la que cada hipótesis delictiva se halla conminada en la ley y que se aplicará y hará efectiva concretamente en y para cada caso particular en que la hipótesis se actualice, pasando de ser un mero supuesto legal a ser una realidad humana y social”. (...) “La **Pena**, por último es algo más concreto, absolutamente concreto; no la amenaza que la ley designa y con la que la ley conmina en abstracto para la hipótesis de una determinada especie delictiva, sino su actualización y concreción, mediante el proceso de su individualización, en una posibilidad y magnitud incluida en aquélla que el Juez precisa e impone por una ocurrencia delictuosa particularizada y que el condenado debe cumplir”⁴⁹². En este sentido, para la imposición de la pena (concreción de la punibilidad) es necesario acreditar el injusto y la responsabilidad penal, y en algunos casos, constatar la presencia de ciertas circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable, a las que mismas que se conoce como *condiciones objetivas de punibilidad*, asimismo, se requiere la constatación de la ausencia de las llamadas excusas absolutorias.

Esto implica: que en **primer lugar** debe constatarse que efectivamente se ha materializado el **hecho** con todos sus elementos objetivos previstos en la norma penal (para cuyo propósito se deberán tener en cuenta, en los casos que corresponda, los criterios de imputación objetiva, toda vez que en ciertos supuestos es necesario descartar la afirmación de casos aparentemente típicos que razonablemente deben excluirse desde el principio por carecer de relevancia jurídico-penal). Asimismo, se deberá acreditar la tipicidad subjetiva a través de los criterios de imputación subjetiva (determinación del dolo o la imprudencia, y eventualmente algún otro elemento subjetivo que exija el tipo penal concreto).

En **segundo lugar**, deberá de precisarse si la conducta configurativa del tipo penal es **antijurídica**, es decir, que es contraria al ordenamiento jurídico; ya que si bien es cierto que la tipicidad penal resulta indiciaria de la antijuridicidad o ilicitud de la

⁴⁹² DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel: “*Hacia una Nueva Concepción de la Pena*”. Grijley, Lima, 1995. pp. 39, 44 y 45.

conducta, puede presentarse alguna causal de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho o el consentimiento, en casos de la afectación de bienes jurídicos de libre disposición), en cuyo caso la conducta típica estará justificada y por tanto no resultará contraria al ordenamiento jurídico; para determinar la antijuricidad debemos tener en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto, no únicamente la normatividad penal, pues la justificación de la conducta típica (o alguno de sus elementos) puede encontrarse en una rama jurídica distinta del derecho penal⁴⁹³; tal sería el caso del derecho de retención o la defensa y recuperación extrajudicial de la posesión contenidos en el Código Civil, que justifican las conductas típicas de apropiación ilícita y usurpación respectivamente, negando la antijuricidad de las mismas. Si acreditamos la existencia de una conducta típica y antijurídica, estaremos frente a un *injusto penal*.

El injusto penal no basta para atribuir responsabilidad penal al agente de la conducta, y menos para concretar la punibilidad, para ello es necesario, en **tercer lugar**, determinar si podemos atribuir *responsabilidad penal* al agente; la misma que como ya se he indicado, requiere de la *culpabilidad*⁴⁹⁴ del sujeto así como de la *necesidad preventiva de pena*, que no está presente en los casos de *estados de necesidad exculpante*, *exceso en la legítima defensa* o en los casos de *exención de pena* del artículo 68° del Código Penal. Acreditadas la tipicidad de la conducta, su antijuricidad y la responsabilidad penal del agente, podremos decir que formalmente se ha acreditado la comisión del delito, toda vez que mayoritariamente se entiende por delito a la conducta típica, antijurídica y culpable, sin incluir en su estructura a la punibilidad⁴⁹⁵.

⁴⁹³ En este sentido, se descartan los criterios que sostienen que para la determinación de la antijuricidad de la conducta, se debe tener en cuenta únicamente las normas penales, dada la propia finalidad del derecho penal y de la pena. Pues no se puede sostener que una conducta, pueda estar prohibida por una rama del derecho y permitida por otra (justificada) lo cual resultaría ser un contrasentido, al contrario se debe tener presente que lo que rige en la sociedad es el ordenamiento jurídico en general y no únicamente una determinada disciplina jurídica.

⁴⁹⁴ Para que el ordenamiento jurídico atribuya culpabilidad al agente, éste debe estar en condiciones de motivarse conforme a la norma penal, y para esto es necesario que se trate de un sujeto imputable, en el sentido de poseer capacidad de culpabilidad; que tenga conocimiento de la norma penal (que la conducta está prohibida), -de lo contrario habrá error de prohibición, o en su caso error de comprensión culturalmente condicionado-.

⁴⁹⁵ Sin embargo también debemos tener en cuenta que al respecto existen criterios que consideran que no es concebible un delito que no sea antijurídico al igual que tampoco es posible un delito que no sea punible. DE RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel: *Ob. Cit.* p. 39

Sin embargo, acreditada la comisión del delito no necesariamente sobreviene la punibilidad porque la conducta puede estar sujeta a alguna *excusa absolutoria*⁴⁹⁶, en cuyo caso si bien es cierto que nos encontramos ante la presencia de un delito, por razones de política criminal (conveniencia social), se exime de pena al agente de la conducta; porque resulta más gravoso, tanto para el agraviado así como para la sociedad en su conjunto, sancionar penalmente a los agentes de este tipo de conductas que perdonarles la pena, tal es el caso del hurto entre parientes previsto en el art. 208° de nuestro Código Penal, o el caso de libramiento indebido, cuando el girador o endosante paga el monto del cheque indebidamente emitido, dentro de los tres días de haber sido requerido, art. 215° del Código, o los artículos 404° y 405° del Código Penal, relativos a los delitos de encubrimiento personal y real respectivamente. Igualmente, puede darse el caso que se haya cometido el delito, pero se ha considerado una *condición objetiva de punibilidad*⁴⁹⁷, en cuyo caso, la punibilidad se hace depender de una condición, que de no presentarse, el hecho no resulta punible, tal es por ejemplo, el caso del delito de concentración crediticia o crédito fraudulento previsto en el artículo 244° del Código Penal, en el que la punibilidad se hace depender de la situación de insolvencia sobreviniente a causa del hecho fraudulento, y de no presentarse esta situación (que no constituye un elemento del delito), el hecho no será punible. Entonces, recién cuando se determina que el hecho no está sujeto a excusa absolutoria o a condición objetiva de

⁴⁹⁶ “Y puesto que la punibilidad señala en el delito la conveniencia pública de sancionarlo penalmente, y la pena se impone por la misma razón como su genuina consecuencia jurídica, el principio generador de las excusas absolutorias ha de consistir en una razón también de conveniencia social, *utilitatis causa*, que aconseja antes limitar la acción de la ley penal ante ciertas situaciones, que descargar sobre ellas su peso y consecuencias, por seguirse de tal limitación más beneficio o provecho para la comunidad que la de su punición”. RIVA COBA Y RIVA COBA, Manuel: Ob. Cit. p. 43.

⁴⁹⁷ Respecto a las *condiciones objetivas de punibilidad*, en nuestro medio existe total confusión, no habiéndose llegado a esbozar un criterio definido para su conceptualización y determinación, por el contrario, en muchos casos, confundiendo totalmente su naturaleza jurídica, se ha considerado como condición objetiva de punibilidad, a elementos objetivos del tipo penal; esto ha sucedido fundamentalmente en los delitos de falsificación de documentos. En este delito, algunos autores como PEÑA-CABRERA FREYRE por ejemplo (*“Derecho Penal Peruano”*. Rodhas, Lima, 2004, p. 435), consideran que la punibilidad de la conducta está condicionada a que “... el documento apócrifo pueda perjudicar intereses de terceros (...). En consecuencia, ingresa un elemento de punibilidad ajeno a su configuración típica que condiciona el merecimiento y la necesidad de la sanción punitiva...”. Esto es, considera como condición objetiva de punibilidad a la “idoneidad o potencialidad” del documento falso o falsificado, para causar daño a terceros. De otro lado, en no pocas ejecutorias supremas, se ha considerado en este mismo delito, como supuestos de condición objetiva de punibilidad, a la causación efectiva del perjuicio, es decir, a la utilización del documento concretando su potencialidad perjudicial, descartando la punibilidad de la conducta cuando el perjuicio no se había concretado. Estos criterios obviamente nos parecen incorrectos, en el primer caso, por que contrariamente a lo que aduce el autor, la “idoneidad o potencialidad” del documento para causar perjuicio, es una cualidad del objeto producido por la acción típica, la misma que está comprendida en la configuración típica como un elemento del tipo y no es ningún condicionante de la punibilidad. En el segundo caso, porque al tratarse de un tipo penal de peligro, el resultado dañoso no es considerado ni para la consumación del delito, así como tampoco para la punibilidad.

punibilidad (o estándolo, la condición se presenta), nos encontraremos en condiciones de concretar la punibilidad al caso concreto, esto es, de hacer efectiva la aplicación de la pena al autor o partícipe del hecho delictivo⁴⁹⁸. Cuando decimos autor del hecho, estamos dejando sentado que se ha acreditado, en un debido proceso, que el sujeto inculpatado ha tenido participación en el hecho, habiendo actuado con dominio del mismo, es decir en condiciones de decidir, si se cometía o no, cuándo se debía cometer, cómo debía cometerse y con qué medios, o perpetró la conducta mediando la infracción de un deber del cual era portador; lo que le dará la calidad de autor. Claro que aun cuando no hubiera tenido el dominio del hecho podrá ser responsable y por tanto sujeto de la pena; pero en este caso sólo se le podrá atribuir responsabilidad penal a título de partícipe o cómplice mas no de autor o coautor.

Es de esta manera como debemos concluir que nos encontramos ante un supuesto frente al cual se ha afirmado la punibilidad y por tanto es posible la imposición de la pena prevista en la norma para el hecho típico correspondiente. Esto es que se ha cumplido con los presupuestos o condiciones para la aplicación de la pena.

4.6. CONCLUSIONES

1. El control penal y concretamente el Derecho penal actúa para prevenir las conductas activas u omisivas que generan un menoscabo al interés público que da contenido a los bienes jurídicos que configuran los presupuestos básicos de la convivencia social.
2. Sólo luego de la atribución válida de responsabilidad penal al agente de la afectación del bien jurídico, se legitima la reacción jurídico penal constituida por la pena y la medida de seguridad.
3. En general la responsabilidad penal es la carga legal que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, consistente en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho. Responsable, a su vez, es la persona que por haber ejecutado el hecho punible en circunstancias que no lo exoneran de cargar con las

⁴⁹⁸ En anteriores trabajos, hemos llegado a conclusiones ligeramente diferentes a la actual, tal como puede apreciarse en nuestro trabajo: *La reparación civil en el proceso penal*. Primera y Segunda ediciones, posición que hemos variado al haber asumido la posición de ROXIN y SCHÜNEMANN respecto a la culpabilidad y la responsabilidad penal, con todas sus consecuencias.

consecuencias jurídicas del mismo, está obligado a soportarlas, sufrirlas o llevarlas sobre sí. Responsable es la persona como tal, responsabilidad la situación jurídica que se le hace asumir por virtud de la sentencia condenatoria.

4. Específicamente en la teoría del delito, conforme a los criterios esbozados por ROXIN y compartidos por SCHÜNEMANN, se atribuye la responsabilidad penal al agente del injusto, si es que además de verificar la presencia de la culpabilidad se acredita la necesidad preventiva de pena. Ello significa que no es suficiente la culpabilidad para atribuir responsabilidad penal al agente y legitimar la punición.
5. La responsabilidad penal es *preventiva y punitiva*, a diferencia de la responsabilidad civil que es eminentemente *resarcitoria*⁴⁹⁹.
6. A diferencia de la responsabilidad civil en la que impera la *teoría de la causa adecuada*, en la responsabilidad penal se apela a la *teoría de la equivalencia de condiciones*, matizada con las teorías de la *causación adecuada y la relevancia jurídica* así como con los criterios de *imputación objetiva*.
7. Los criterios objetivos de imputación en la responsabilidad penal funcionan normalmente para extraer del ámbito de la responsabilidad penal al agente, a diferencia de los criterios objetivos de imputación en el ámbito civil que operan para atribuir responsabilidad civil.
8. Para atribuir responsabilidad penal y legitimar la punibilidad se requiere de un *sujeto idóneo*, con capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, a diferencia de la responsabilidad civil en que puede tratarse de cualquier sujeto, inclusive de uno sin discernimiento.
9. Constituyen presupuestos para la punibilidad la concreción del injusto penal (elementos objetivos y subjetivos del tipo y la antijuricidad), la responsabilidad penal (culpabilidad y necesidad preventiva), y en su caso, la presencia de condiciones objetivas de punibilidad, o la ausencia de excusas absolutorias.

499

Al respecto, ZAVALA DE GONZALEZ, claramente indica: “Las funciones de la responsabilidad por daños consiste en *prevenir y reparar el perjuicio*; mientras que las de la responsabilidad penal versan sobre la *prevención y represión de los delitos*”. *Resarcimiento del Daño*. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 70.

5. CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE IMPLICAN RESPONSABILIDAD PENAL

En general en aplicación del principio de legalidad *nullum crimen nullum pena sine lege*, para que un hecho constituya delito tiene que estar debidamente previsto en una ley penal previa y escrita, lo cual implica que el hecho ha tenido que pasar por el llamado proceso de criminalización a través del cual, luego de valorar debidamente el hecho, se llega a la conclusión de que la respuesta que exige el mismo, por sus efectos nocivos en la sociedad, es la respuesta penal. Este proceso de criminalización o de inclusión del hecho en la ley penal, se realiza dentro del marco político – criminal de la sociedad o del Estado, teniendo en cuenta las limitaciones establecidas por el propio Estado de Derecho, el respeto de los derechos fundamentales, la propia dogmática o ciencia del Derecho y los criterios de eficacia y eficiencia que garanticen que la respuesta penal, y no una de otro tipo, es la que corresponde en cada caso concreto.

En este sentido, no podrá ser criminalizado un hecho, por más que resulte antisocial o atentatorio contra determinados bienes o intereses, cuando la criminalización no obedezca a una finalidad político-criminal justificada por imprescindibles necesidades sociales o jurídicas; asimismo, tampoco se penalizará una conducta cuando la pena implique una afectación desproporcionada o innecesaria de los derechos fundamentales del sujeto de la pena; igualmente, no se podrá desnaturalizar los conceptos o categorías jurídicas elaboradas por la ciencia del Derecho para viabilizar la criminalización de conductas, por el contrario deberán utilizarse debidamente estos conceptos a fin de garantizar la coherencia y certeza de la respuesta penal y su armonía con las garantías y derechos de los destinatarios de la pena; de otro lado, la respuesta penal o consecuencia jurídico - penal tiene que constituir una medida idónea para lograr los fines o propósitos que se busca con la criminalización de la conducta y no contentarse con lograr efectos meramente simbólicos que sólo desempeñan una finalidad aparente pero no real. De este modo, se logrará que la criminalización de la conducta y concretamente la conminación penal, sean legítimas a la vez que eficaces, evitándose incurrir, por un lado, en arbitrariedades, o de permitir la inseguridad y la impunidad por el otro. Todo ello debe concretarse en una normativa penal racional

desde las perspectivas lingüística, ética, teleológica y jurídica, complementada con la correspondiente racionalidad jurisdiccional⁵⁰⁰.

Así las cosas, existen hechos antisociales o lesivos que son permitidos por el ordenamiento jurídico, porque su criminalización resultaría más gravosa para la sociedad, tanto desde la perspectiva social así como individual; asimismo, existen otros hechos que a pesar de causar daños, no exigen una respuesta penal. Estos últimos quedan sujetos en algunos casos a la responsabilidad administrativa y en otros a la responsabilidad civil. Los sujetos a responsabilidad civil, a la vez, dependiendo de la fuente de la obligación quedarán sujetos a la responsabilidad civil contractual o a la extracontractual.

5.1. CASOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL CONFIGUTIVOS DE DELITO. (*Actos jurídicos fraudulentos*).

En este ámbito, para efectos penales, no tiene ninguna relevancia los daños que se pudieren causar mediando culpa o negligencia de parte del autor; éstos, en todos los casos quedarán sujetos a la correspondiente obligación resarcitoria conforme a los cánones de la responsabilidad civil. En cambio, los actos dolosos originados en relaciones contractuales, en algunos casos trascienden el ámbito privado de los intervinientes y alcanza connotación penal, al constituir una afectación a intereses públicos que entrañan lesividad social, lo que a la vez exige una respuesta penal.

En este sentido, actos como el incumplimiento doloso de las obligaciones contractuales, la actuación dolosa en la formación de la voluntad, la simulación, el fraude de acreedores, o el abuso del derecho, significan únicamente afectaciones de intereses particulares que no entran en el campo de la responsabilidad penal, resultando suficientes las respuestas o ‘sanciones’ provenientes del Derecho privado (civil, comercial, etc.) para resolver el conflicto creado entre las partes intervinientes.

Así frente al incumplimiento doloso de obligaciones (incumplimiento o inejecución deliberada), se aplicará las consecuencias previstas en el Código Civil, correspondiente a los efectos de las obligaciones, es decir la facultad reconocida al

⁵⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*. En Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 15, Idemsa, Lima, 2004, p. 168.

acreedor de procurarse la prestación o hacerse procurar por otro a costa del deudor y obtener la indemnización de daños y perjuicios correspondiente (artículos 1219° y 1321° del Código Civil). Igualmente, en el caso de actuación dolosa en la formación de la voluntad negocial, al constituir una causal de anulabilidad del acto o negocio jurídico, la consecuencia aplicable será dejar sin efecto el acto (artículo 210° del Código Civil) y exigir la correspondiente indemnización de ser el caso. En el supuesto de simulación dependerá de la naturaleza de ésta, pues de tratarse de actos absolutamente simulados, se dejará sin efecto el acto, y si se tratara de una simulación relativa, se dejará sin efecto el acto oculto o disimulado y se evaluará los elementos, requisitos y presupuestos del acto aparente o simulado a fin de determinar si puede o no surtir efectos (arts. 219° y 221° del Código Civil)⁵⁰¹, en ambos casos, procederá la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Asimismo, en el supuesto de fraude de los acreedores, la consecuencia aplicable, es declarar ineficaz, a través de la acción revocatoria o pauliana, los actos fraudulentos, pues se trata de un acto jurídico válido, sólo que no debe surtir efectos ante los acreedores perjudicados (art. 195° del Código). Finalmente, en el caso del abuso del derecho, la consecuencia será dejar sin efecto el acto jurídico, como por ejemplo cuando una de las partes se vale de su mejor posición en los contratos de adhesión, o en todo caso, quedará el agente abusivo sujeto a la correspondiente obligación de reparar los daños y perjuicios.

Sin embargo, ciertos actos dolosos o fraudulentos como la *simulación*, el *fraude a los acreedores*, la *quiebra*, ciertos *manejos fraudulentos de las personas jurídicas*, la actuación dolosa en la *formación de la voluntad negocial*, también pueden quedar sujetos a responsabilidad penal, cuando dada la forma y circunstancias en que éstos se producen, presentan los elementos configurativos del tipo previsto en la norma penal.

Así, mediante la simulación o cualquier conducta fraudulenta se configurará un delito de *estafa*, si es que a través de ésta se engaña a terceros haciéndolos incurrir en error o manteniéndolos en error, y con ello los ‘simulantes’ o alguno de ellos logra que

⁵⁰¹ En el caso de la simulación relativa sin embargo, es de tenerse en cuenta que si bien el Código sanciona con anulabilidad a estos actos, es decir que se pueden confirmar, no entendemos cómo se le puede dar cierta validez a un acto en el cual no existe una expresión de voluntad como es el acto aparente; pues en este caso la voluntad (subjetiva) está referida al acto oculto más no al aparente, y si bien la expresión de voluntad está referida a éste último, para ser válida la voluntad en el acto jurídico debe coincidir tanto la voluntad expresada (objetiva) como la voluntad subjetiva. Consecuentemente, los actos que adolecen de simulación relativa también deben ser nulos y no únicamente anulables.

el tercero engañado realice una disposición patrimonial a su favor. Una estructura fáctica de este tipo, aun cuando se desarrolla dentro del ámbito negocial, presenta todos los elementos del tipo penal del delito de estafa, rebasando el límite de la responsabilidad civil para entrar de lleno en la responsabilidad penal. Claro, que como en todo delito lesivo o de resultado, en este caso operarán tanto la responsabilidad penal así como la civil para resolver el conflicto creado por esta conducta dolosa; esto es, el agente de la conducta quedará sujeto a la sanción penal y a la obligación de reparar el daño causado.

Asimismo, en el ámbito del manejo de las personas jurídicas, las maniobras fraudulentas de carácter administrativo o de control, constituirán tipos penales, si revisten las características previstas en el artículo 198° del Código Penal. Igualmente, la emisión o endoso de cheques en el marco de una relación negocial, constituirá delito, si reviste los elementos del artículo 215° del Código Penal. Ello también sucedía anteriormente, cuando se pactaba intereses excesivos en el marco de un contrato de mutuo, en cuyo caso se incurría en el delito de *usura*; en este caso, sin embargo, con la liberalización de los intereses, que han quedado al libre juego de la oferta y la demanda, este delito ha sido descriminalizado.

De otro lado, también en el marco del manejo, administración o gerenciamiento de una empresa o del propio patrimonio en general, se incurre en un ilícito penal, si en un procedimiento concursal, se realiza alguna de las conductas configurativas del delito de *atentado contra el sistema crediticio*, antiguamente conocido como el delito de quiebra fraudulenta.

5.2. CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Casi todos los supuestos de responsabilidad civil extracontractual dolosos, configuran ilícitos penales (delitos o faltas), sólo se puede hacer la excepción de los supuestos atípicos, justificados, exculpados y de ausencia de necesidad preventiva, inclusive los casos en que se hace depender la pena de una condición objetiva de punibilidad y los supuestos de excusas absolutorias. Asimismo, también constituyen ilícitos penales, ciertos supuestos culposos o imprudentes expresamente previstos por la ley penal. Estos son los casos típicos de la doble responsabilidad, de un lado la civil

orientada al resarcimiento del daño ocasionado, de conformidad con las normas de la responsabilidad extracontractual, y de otro de la responsabilidad penal orientada a ejercitar la pretensión punitiva del Estado. A diferencia de la responsabilidad civil contractual, en que sólo pueden constituir delito los supuestos dolosos, en la extracontractual pueden configurar delito tanto los supuestos dolosos así como también los culposos. Estos supuestos, además de los delitos de peligro constituye casi la totalidad de delitos. Sin embargo, constituyen casos emblemáticos de responsabilidad civil extracontractual, los daños culposos o imprudentes, los que en nuestro sistema penal no están previstos como delitos de daños, a pesar de su alto contenido de desvaloración, que ha hecho que otras legislaciones, como la española por ejemplo, sí los considere como delitos.

5.3. CONCLUSIONES

1. Existen ciertos supuestos dolosos de responsabilidad civil contractual, que rebasan el ámbito propiamente civil y configuran, además, casos de responsabilidad penal. Estos son ciertos supuestos de estafas, fraudes en la administración de personas jurídicas, defraudaciones, libramientos indebidos, atentados contra el sistema crediticio, etc.
2. La mayoría de los casos de responsabilidad extracontractual dolosa, así como ciertos supuestos culposos o imprudentes determinados por la ley penal, constituyen ilícitos penales (delito o faltas).

6. CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE NO IMPLICAN RESPONSABILIDAD PENAL, NO SON PUNIBLES O SE CONDICIONA LA PENA

No todos los casos de responsabilidad civil constituyen a la vez delitos; así en la responsabilidad civil contractual sólo algunos supuestos excepcionales configuran delito; en la extracontractual, si bien son delitos casi la totalidad de los supuestos dolosos, gran parte de los casos imprudentes o culposos no lo son. En los casos dolosos, estando al concepto o estructura del delito, entendido como *conducta típica, antijurídica y culpable*, o como injusto y responsabilidad penal, en varios supuestos no se verifican estos presupuestos o niveles de análisis, y por tanto, no se configura el injusto o la

responsabilidad penal. Asimismo, teniendo en cuenta que luego de acreditada la responsabilidad penal, todavía se debe justificar la punibilidad, en ciertos casos ésta no se justifica, por lo que aun cuando nos encontremos frente a un delito, no sobreviene la pena para el caso concreto. En este sentido, existen casos de responsabilidad civil que no constituyen delito, casos que no son punibles y casos en que la imposición de la pena queda condicionada al cumplimiento de determinados presupuestos.

6.1. CASOS QUE NO IMPLICAN RESPONSABILIDAD PENAL

6.1.1. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como se ha indicado, sólo excepcionalmente se pueden presentar supuestos de responsabilidad civil contractual que adicionalmente configuran tipos penales y por ello quedan sujetos a responsabilidad penal; tales son los casos de algunas *simulaciones, fraudes, quiebras, libramientos indebidos* y ciertos manejos *fraudulentos de las personas jurídicas* (antiguamente también el *pactar intereses excesivos* configuraba delito de usura). Todos los demás supuestos de responsabilidad contractual se agotan en el ámbito civil (únicamente responsabilidad civil), aun cuando sean dolosos o concurra culpa grave o inexcusable. Los casos del incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales; la actuación dolosa en la formación de la voluntad para celebrar un acto jurídico, con la que se han causado daños; la simulación absoluta o relativa que afecta a terceros; el fraude de acreedores; o el abuso del derecho; todos estos significan únicamente afectaciones de intereses particulares que no entran en el campo de la responsabilidad penal.

6.1.2. CASOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

SUPUESTOS DOLOSOS QUE NO CONSTITUYEN DELITO

Estos son los casos en que mediante una actuación dolosa se ha causado un daño, y por tanto el hecho queda sujeto a la responsabilidad civil; sin embargo, tal hecho resulta *atípico* penalmente por ausencia de alguno de sus elementos o por otras razones que niegan la tipicidad, como por ejemplo un error de tipo, ausencia de un elemento subjetivo o normativo o de cualquier elemento descriptivo. Asimismo, puede darse el caso, que dicho acto doloso quede sujeto a alguna causal de justificación, y por ello no sea *antijurídico*. En este último caso sin embargo, debe tenerse en cuenta que al

estar justificada la conducta, no está sujeta a responsabilidad penal y sólo en raras ocasiones se responderá civilmente. Sin embargo, no está descartado que así suceda, tal como se ha visto en su oportunidad, en que se ha precisado que civilmente se puede responder a pesar de la presencia de una causal de justificación, esto es, a pesar que el hecho no es ilícito, tal es el caso previsto en el artículo 959° del Código Civil, en que el agente del daño responde aun cuando ha actuado en un estado de necesidad justificante. Igualmente pueden presentarse casos en que el agente no es *culpable* por no presentarse alguno de los requisitos de la culpabilidad como la imputabilidad por ejemplo (el agente es inimputable) o el agente actuado bajo error de prohibición. Finalmente, también pueden presentarse casos de ausencia de *necesidad preventiva* de pena a pesar de que el sujeto es culpable, como puede darse en el supuesto de legítima defensa excesiva o los supuestos de estado de necesidad exculpante o disculpante⁵⁰², en cuyo caso se asume que no existe responsabilidad penal. En todos estos casos, al haberse causado un daño, el hecho queda sujeto a responsabilidad civil, sin embargo, al no configurar delito no queda sujeto a responsabilidad penal.

CASOS CULPOSOS QUE NO CONSTITUYEN DELITO

Todos los daños extracontractuales ocasionados por culpa o imprudencia quedan sujetos a responsabilidad civil, debiendo tenerse en cuenta para la determinación del monto reparatorio los supuestos de culpa leve, en los que el agente no queda obligado a reparar los daños no previstos, lo que no sucede en los casos de actuación mediando culpa grave o inexcusable, en los que el agente queda obligado a reparar todos los daños⁵⁰³, de conformidad con el artículo 1321° del Código Civil; artículo que también resulta de aplicación a la responsabilidad extracontractual, ya que se trata de una norma general prevista para todas las fuentes de obligaciones. Sin embargo, como se ha dicho, de estos daños culposos sólo algunos han sido considerados por la norma penal como conductas típicas penalmente, tales son los casos de afectaciones a la vida (art. 111°, 115° y 116° del CP), la integridad o salud física o mental (arts. 122°, 122°-A, 123° y

⁵⁰² La mayoría de autores considera al estado de necesidad exculpante, como un supuesto de ausencia de culpabilidad porque el sujeto no se encontraba en la posibilidad de actuar de otro modo (supuesto de inexigibilidad); sin embargo tal como ya lo hemos indicado en páginas anteriores, asumiendo la postura de ROXIN, consideramos a ésta como un supuesto de ausencia de necesidad preventiva de pena.

⁵⁰³ Aun cuando en este caso, debe tenerse en cuenta la aseveración de Alpa, en cuanto refiere: "... si las consecuencias son demasiado remotas y si un hombre razonable no las hubiera previsto, el daño no es susceptible de resarcimiento". ALPA, Guido: *Ob. Cit.* p. 521.

124° CP), la seguridad pública a través de incendio, explosión o cualquier otro estrago (art. 278° CP), el medio ambiente (art. 304° CP), el patrimonio público del Estado (art. 387°CP) y el sistema crediticio (art. 210° del Código Penal, modificado por la ley 27146 del 14 de junio de 1999); los demás casos sólo quedan sujetos a la responsabilidad civil. En este sentido, los daños culposos sujetos a responsabilidad extracontractual, sólo excepcionalmente configuran delito; al contrario de los dolosos, en que sólo excepcionalmente no constituyen delito. En algunas legislaciones, como la española por ejemplo, se sanciona penalmente a los daños causados por imprudencia grave, tal como puede observarse del artículo 267° de su Código Penal.

CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

En estos casos no concurre ni dolo ni culpa o imprudencia a la materialización del daño, en éstos el factor de atribución de responsabilidad civil es **objetivo**, y como quiera que la responsabilidad objetiva está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico penal, ninguno de estos supuestos queda sujeto a responsabilidad penal. Estos son los casos de *responsabilidad por actividades riesgosas* (salvo casos en que se afecte bienes como la vida, la integridad física o mental, el medio ambiente, etc.), de *responsabilidad por bienes riesgosos o peligrosos*, *responsabilidad del tercero civil* (empleador, del asegurador, de los representantes de incapaces, del propietario de bienes riesgosos, de los miembros de un órgano colegiado de una persona jurídica, etc.).

6.2. CASOS QUE NO SON PUNIBLES

6.2.1. CASOS DE EXCUSA ABSOLUTORIA Y CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD

En estos casos, la conducta atribuida al procesado es configurativa de delito, al ser típica, antijurídica y culpable; sin embargo, se encuentra presente una **excusa absoluta**⁵⁰⁴. Por la excusa absoluta, el propio ordenamiento jurídico libera de la

⁵⁰⁴ Muchas veces se confunde condición o requisito de procedibilidad con excusa absoluta; la primera únicamente constituye un presupuesto que previamente al ejercicio de la acción penal debe cumplirse, tal es el caso (entre otros), del informe técnico de la Superintendencia de Banca y Seguros respecto a las denuncias formuladas contra representantes de empresas del Sistema Financiero y de Seguros por la presunta comisión de un delito en ejercicio de sus funciones o labores al interior de dichas empresas; por el contrario, la excusa absoluta, implica una **exención de pena** o exclusión de punibilidad, es decir el agente del delito no será sujeto de pena, por lo que tampoco se podrá iniciar un proceso penal en su contra, si es que la excusa absoluta está debidamente determinada desde antes de iniciarse la acción penal. En los casos en que no se cumple con el requisito de procedibilidad, será rechazada la pretensión del recurrente, pero una vez cumplida ésta, se podrá válidamente iniciar el proceso penal, el mismo que podrá terminar en una sentencia condenatoria en contra del procesado. Por el contrario, si nos encontramos ante la presencia de una excusa absoluta, la

carga de sufrir la pena al agente de la conducta; pues se considera que la pena no cumpliría ninguna finalidad, por lo que es preferible no imponerla; ya que resulta más oneroso, tanto para el agraviado así como para el Estado y la sociedad en su conjunto, imponer la pena que perdonar al agente. Estos supuestos se presentan por ejemplo cuando entre el agente de la conducta y el titular del bien jurídico afectado existe una especial vinculación reconocida por el derecho, sea de parentesco, convivencia o dependencia, como en el caso de las excusas previstas por el artículo 208° del Código Penal, referidos a hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños entre parientes; o también cuando el agente del delito, enerva los efectos dañosos de su conducta con una acción posterior, como el caso del delito de libramiento indebido, en que el girador o endosante del cheque paga el monto del mismo dentro de los tres días subsiguientes al requerimiento (artículo 215° del Código Penal); igual criterio resulta aplicable a los delitos de encubrimiento personal y personal previstos en los artículos 404° y 405° del Código Penal, de conformidad con el artículo 406° del mismo cuerpo legal; y finalmente en los casos de desistimiento voluntario y de arrepentimiento activo. La excusa absolutoria sin embargo, al eximir al agente únicamente de la pena, deja subsistente la responsabilidad civil⁵⁰⁵.

Lo mismo sucede en el caso de la *condición objetiva de punibilidad*⁵⁰⁶ en que se hace depender la pena del cumplimiento de dicha condición, y de no cumplirse o

acción penal no podrá viabilizarse de ninguna manera; pues si bien es cierto que nos encontramos ante la existencia de un delito, el propio ordenamiento jurídico ha eximido de pena al agente del mismo. La excusa absolutoria, incide directamente en la responsabilidad penal del agente, y no queda a la discrecionalidad del Juez, como los casos de exención de pena previstos por el artículo 68° del Código Penal.

⁵⁰⁵ En el mismo sentido PRADO SALDARRIAGA, con cita de BRAMONT ARIAS Y BRAMONT ARIAS TORRES y MORILLAS CUEVA LORENZO *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 292.

⁵⁰⁶ Se entiende por condiciones objetivas de punibilidad a : “Las circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable para que se genere la punibilidad. Entre ellas se cuentan ante todo determinados resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran el dolo y la imprudencia del autor. (...) Se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena”. ROXIN, Claus: Ob. Cit., pp . 970 y 977.

“Son circunstancias que se encuentran en relación directa con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo del injusto ni al de la culpabilidad”. JESCHECK y WEIGEND, *Ob. Cit.* § 53, I, 1.

“Se trata de elementos que presuponen un comportamiento típico antijurídico y culpable y que tienen la misión de restringir la punibilidad (...) expresan la necesidad de pena, que debe añadirse el merecimiento de pena para que la conducta prohibida pueda ser efectivamente castigada (...). Son, en definitiva, circunstancias adicionales que operan como factores excepcionalmente agregados a los elementos objetivos y subjetivos de imputación”. MARTÍNES PEREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Edersa, Madrid, 1989, p. 108.

“... si las condiciones objetivas de punibilidad no son parte integrante del tipo de injusto, el error sobre ellas debe considerarse irrelevante (...), en los preceptos que contienen condiciones objetivas la consumación de la figura delictiva correspondiente se produce con independencia de la concurrencia de la condición, aunque el hecho no pueda ser sancionado hasta que la misma se verifique. Y en materia de autoría y participación (...), la ausencia

presentarse la misma, la acción típica, antijurídica y culpable no será punible. Claro que esto sucederá en los pocos casos en que se haya establecido tal condición, como el artículo 244° del Código Penal, relativo a la concentración crediticia o crédito fraudulento.

6.2.2. CASOS DE EXENCIÓN DE PENA

En algunos casos de escasa gravedad, en los que la responsabilidad del agente es mínima, el Juez puede eximirlo de responsabilidad. Este es el supuesto previsto en el artículo 68° de nuestro Código Penal. Sin embargo, esta exención de pena no es una obligación del Juez, sino más bien es una facultad de éste, cuya decisión será tomada luego de llegar al convencimiento que la exención será la medida más correcta, puesto que la imposición de la pena no cumpliría finalidad alguna en este caso; se trataría típicamente de un caso de ausencia de necesidad o merecimiento de pena.

Existen otros casos de exención de pena fundados en criterios de Derecho premial, esto es, cuando los partícipes o autores del delito, colaboran con la administración de justicia proporcionando información veraz y oportuna que permite evitar la continuidad o consumación del delito, identificar a sus autores o partícipes, o

de la condición de punibilidad da lugar a que la conducta no sea punible ni para el autor ni para los partícipes”. **Las causas de levantamiento de penal.** Tirnat lo Blanch, Valencia 2000, p. 76 y 77, con citas de ESER/BURKHARD, JESCHECK/WEIGEND, ROXIN, MARTÍNEZ PÉREZ, GARCÍA PÉREZ, LENCKNER, MIR PUIG Y SILVA SÁNCHEZ.

Sin embargo, también existen posiciones que las ubican dentro del tipo: “Las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal por que condicionan su objetiva relevancia penal -a diferencia de lo que sucede con las llamadas “excusas absolutorias” que tiene el carácter de causas personales de exclusión o levantamiento de la pena y no empecen, por ello, el significado penal del hecho sino sólo la posibilidad de castigar a ciertos sujetos por su realización”. MIR PUIG, Santiago: *Ob. Cit.*, p. 144.

Por nuestra parte, creemos que la posición correcta es la enunciada en primera lugar, pues para entenderla mejor, debemos utilizar el concepto general de *condición* en la medida en que no es contrario a las finalidades propias del Derecho penal. Y por tanto entendemos por condición, a ‘todo evento futuro e incierto del cual se hace depender la punibilidad’, al igual que en el Derecho civil, se hace depender los efectos del acto jurídico. Consecuentemente, cometido el delito (sometido a condición objetiva de punibilidad) sólo sobrevendrá la pena, si es que se presenta la ‘condición objetiva de punibilidad’. En nuestro ordenamiento jurídico penal, un ejemplo claro de condición objetiva de punibilidad, es el contenido en el artículo 244° del Código Penal, esto es, el delito de concentración crediticia o crédito fraudulento, en el cual, aprobado el crédito por el representante o administrador de la institución bancaria, financiera y otra que opera con fondos públicos, a favor de persona que no califica para el mismo, o por cantidades no calificadas, queda consumado el delito (ya estamos ante una acción típica, antijurídica y culpable), sin embargo, el hecho será punible o penado, sólo si es que a consecuencia del otorgamiento de dicho crédito, sobreviene la insolvencia de la institución o entidad. De no presentarse la *insolvencia sobreviniente*, el hecho no será punible. La condición objetiva de punibilidad, en este caso, es el estado de insolvencia sobreviniente. En los casos de quiebra fraudulenta, comúnmente considerados como condición objetiva de punibilidad, del modo como actualmente está legislado en nuestro Código Penal, consideramos que no se trata de esta institución, sino de un elemento objetivo del tipo penal. Asimismo, en los casos de quiebra fraudulenta, en que muchos consideran como condición objetiva de punibilidad a la declaración previa de la quiebra, creemos que ello está referido a una situación especial del sujeto del delito, y por tanto a un elemento del mismo más no a una condición objetiva de punibilidad. Por lo demás en nuestro ordenamiento jurídico penal con las modificaciones establecidas, ya no es posible hablar de esta condición.

conocer el destino de los bienes objeto de incautación o decomiso. En estos casos, como contraprestación se los exime de pena. El fundamento es eminentemente de necesidad político – criminal, con lo que se busca perfilar los mecanismos de prevención y lucha contra la delincuencia, sobre todo contra las organizaciones delictivas. Estos beneficios normalmente se concede en los delitos de tráfico ilícito de drogas, delitos de corrupción de funcionarios, terrorismo, atentados contra el sistema crediticio, etc. Estos supuestos también constituyen una facultad del Juzgador y del Fiscal, pero una vez que se presentan los presupuestos indicados, estos operadores jurídicos deberán conceder el beneficio.

6.3. CASOS DE CONDICIONAMIENTO DE LA PENA

En todos estos casos, existe responsabilidad penal del agente del delito, la misma que debe de haberse acreditado debidamente en el proceso. Sin embargo, por tratarse de delitos de escasa gravedad o atendiendo a la condiciones especiales del agente del delito, se concluye que la ejecución de la pena no cumplirá su finalidad, y por el contrario, aplicarla podría generar mayores costos, tanto sociales así como individuales, dada la naturaleza criminógena de la pena privativa de libertad, atendiendo a las malas condiciones en las que operan los centros carcelarios. En estos casos, se suspende la ejecución de la pena condicionándola a ciertas reglas normativamente establecidas y especificadas por el Juzgador en cada caso particular. Supuestos de condicionamiento de la aplicación de la pena son los casos de la *suspensión de la ejecución de la pena* y la *reserva del fallo condenatorio*; en los cuales la pena se ejecutará sólo si el condenado no cumple las reglas de conducta impuestas por el Juez.

Asimismo, en lo casos de aplicación del llamado *principio de oportunidad*, también se condiciona la secuela procesal, y por ende la aplicación y ejecución de la pena llegado el caso. En este supuesto el Fiscal se abstiene de ejercitar la acción penal o se archiva la causa cuando ya se ha iniciado el proceso, en razón a que el investigado o procesado admite su responsabilidad y muestra su predisposición de reparar el daño ocasionado y eventualmente de someterse a las demás consecuencias del delito distintas de la pena, y por tanto, evidencia cierto arrepentimiento que lleva a la conclusión de que la pena resulta innecesaria o el hecho no merece pena. La aplicación del principio de oportunidad obedece a criterios de eficacia de la Administración de Justicia, que

sabiéndose incapaz de procesar y reprimir todos los delitos, se abstiene de la persecución de algunos delitos llamados de bagatela a fin de concentrar sus esfuerzos a la persecución de los delitos más graves. Igualmente, se fundamenta la aplicación del principio de oportunidad, como su nombre lo indica, en la resolución oportuna del conflicto creado por el delito, sobre todo el vinculado al agente y el agraviado, y con ello se renuncia a la aplicación de la pena, que de continuar la secuela procesal recién se resolvería luego de un largo tiempo con el subsecuente costo económico y social.

6.4. CONCLUSIONES

1. No todos los casos de responsabilidad civil a la vez, constituyen delitos; así en la responsabilidad civil contractual sólo algunos supuestos excepcionales configuran delito; en la extracontractual, si bien son delitos casi la totalidad de los supuestos dolosos, gran parte de los casos imprudentes o culposos no lo son.
2. Los casos de responsabilidad civil contractual excepcionales que constituyen delito, están referidos a ciertos casos de *simulaciones, fraudes, quiebras, libramientos indebidos* y ciertos manejos *fraudulentos de las personas jurídicas*.
3. Todos los demás supuestos de responsabilidad contractual se agotan en el ámbito civil, aun cuando sean dolosos o concurra culpa grave o inexcusable. Los casos del incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales; la actuación dolosa en la formación de la voluntad para celebrar un acto jurídico; la simulación absoluta o relativa que afecta a terceros; el fraude de acreedores; o el abuso del derecho; constituyen únicamente afectaciones de intereses particulares sujetas a responsabilidad civil que no trascienden hacia el ámbito de la responsabilidad penal.
4. Estando a que el delito es entendido como *conducta típica, antijurídica y culpable*, o como injusto y responsabilidad penal, en varios supuestos dolosos no se verifican estos presupuestos o niveles de análisis, y por tanto, no se configura el injusto o la responsabilidad penal.
5. Acreditada la responsabilidad penal, además se debe justificar la punibilidad, en los casos que ésta no se justifique no sobrevendrá la pena, aún cuando estemos frente a un delito en el caso concreto. Estos son los supuestos de ausencia de

punibilidad, constituidos por los supuestos de *excusas absolutorias*, *condiciones objetiva de punibilidad* y *supuestos de exención de pena* (artículo 68° del CP y supuestos de Derecho premial).

6. Existen casos en que se condiciona la ejecución de la pena o la secuela procesal a ciertas reglas dispuestas por el Juez, de no cumplirse dichas reglas recién se ejecuta o impone la pena o continúa la secuela procesal. Tales son los casos de *suspensión de la ejecución de la pena*, *la reserva del fallo condenatorio* y el *principio de oportunidad*.
7. Los daños culposos que además constituyen delito, son las afectaciones a la vida (art. 111°, 115° y 116° del CP), la integridad o salud física o mental (arts. 122°, 122°-A, 123° y 124° CP), la seguridad pública a través de incendio, explosión o cualquier otro estrago (art. 278° CP), el sistema crediticio (art. 210° CP), el medio ambiente (art. 304° CP) y el patrimonio público del Estado (art. 387° CP); los demás casos sólo quedan sujetos a la responsabilidad civil.
8. Existe un amplio sector de daños sujetos únicamente a responsabilidad civil; como los daños en los que no concurre dolo o culpa (imprudencia) en su materialización, en los que el factor de atribución de responsabilidad civil es **objetivo**. Tales son los casos de *responsabilidad por actividades riesgosas* (salvo casos en que se afecte bienes como la vida, la integridad física o mental, el medio ambiente, etc.), de *responsabilidad por bienes riesgosos o peligrosos*, *responsabilidad del tercero civil* (empleador, del asegurador, de los representantes de incapaces, del propietario de bienes riesgosos, de los miembros de un órgano colegiado de una persona jurídica, etc.).

7. CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL QUE NO IMPLICAN RESPONSABILIDAD CIVIL

7.1. DELITOS DE PELIGRO

En primer lugar hay que tener en cuenta que “(...)en los delitos de lesión, que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un delito consumado; (...) en cambio en los delitos de peligro, el

hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción”⁵⁰⁷. “Por peligro debe entenderse un estado desacostumbrado y anormal en el que para un observador experto, puede aparecer como probable, a la vista de las concretas circunstancias actuales, la producción de un daño, cuya posibilidad resulta evidente”⁵⁰⁸. “Los delitos de peligro o puesta en peligro son aquellos en que hay una probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado”⁵⁰⁹.

Esto es, en los delitos de peligro no se causa una lesión o daño al bien jurídico, sino que únicamente se genera un riesgo o peligro para éste; en estos casos, se dice que dada la dañosidad social que implicaría la lesión de determinados bienes jurídicos, existe un interés público en su especial protección, y es por esto que el Ordenamiento Jurídico -específicamente el Derecho Penal- extiende el ámbito de protección del bien jurídico a la simple posibilidad o peligro de su afectación; o en todo caso adelanta la punición a momentos previos a la realización del hecho lesivo. Entonces, cuando se incurre en la comisión de estos delitos de peligro, se afecta el interés público existente respecto a la protección ampliada o adelantada del bien jurídico, pero no se afecta ningún interés privado o individual, o por lo menos, un interés particular determinado. Consecuentemente, al no existir afectación particular, no se habrá ocasionado un daño resarcible, por lo que tampoco habrá pretensión privada del titular del bien jurídico, y por tanto no operará la responsabilidad civil; por lo que no podremos hablar de resarcimiento o reparación civil⁵¹⁰. Esta conclusión es válida para los delitos de peligro

⁵⁰⁷ ROXIN, Claus: Ob. Cit., p. 336.

⁵⁰⁸ JESCHECK, H. H.: Ob. Cit., p. 358. En igual sentido, modernamente se habla de una ‘sociedad de riesgos’, donde es necesario adelantar la protección penal o punición frente a conductas que sin mostrar claramente su potencialidad peligrosa en definitiva generan riesgos desmedidos y generadores de una inseguridad social generalizada. En estos casos, se sostiene, resulta pertinente adelantar la punición a simples supuestos de peligro. Por todos: MENDOZA BUERGO, Blanca: *“El Derecho Penal en la sociedad del riesgo”*. Civitas, Madrid, 2001, p. 24 y ss.

⁵⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *“Manual de Derecho Penal. Parte General”* Ariel, Barcelona, 1989, p. 164

⁵¹⁰ En este mismo sentido se pronuncia GRACIA MARTÍN, Luis: *“Estudios de Derecho Penal”*. Idemsa, Lima, 2004, pp. 433. También VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: Ob. Cit. pp. 706 y 707. Igualmente, SOLER: Ob. Cit. p. 467 del T.II, refiere: “... no todo delito da origen a esta acción, sino solamente los que causan daño en el sentido en que lo define el artículo 1068 del Código Civil”. En nuestro medio VASALLO SAMBUCETI, refiere: “... la responsabilidad civil precisa del daño a intereses privados tal como ya lo hemos explicado; consecuentemente, si el hecho punible no ha sido lesivo, como es el caso de algunas tentativas y de los delitos de peligro, no existe responsabilidad civil alguna”. *“La Acción civil en el proceso penal”*. San Marcos, Lima, 2000, p. 75. Igualmente en la doctrina colombiana, MARTÍNEZ RAVE refiere: “La acción civil es contingente, pues puede nacer o no, ya que se requiere que exista un daño privado o colectivo, concreto. Si el delito no ocasiona un daño patrimonial, afectivo o funcional a una persona natural o jurídica, o a un interés colectivo, no nace la acción civil dentro del proceso penal a pesar de que nazca la acción penal y el proceso se

concreto⁵¹¹, y con mayor razón para los delitos de peligro abstracto⁵¹². Pues como refiere Alfredo ORGAZ “... ante todo, es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto, no puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse el daño”⁵¹³, o como refiere DIEZ PICAZO: “... Las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado”⁵¹⁴. Ir más allá de ello implicaría atribuir a la responsabilidad civil finalidades punitivas, lo cual se ha descartado a lo largo del presente trabajo, con suficientes argumentos.

En este sentido, si es que no hay un daño resarcible, tampoco se presentarán los componentes o elementos propios de la responsabilidad civil, esto es, el hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad entre ambos y el factor de atribución, por lo que tampoco habrá derecho a la reparación o resarcimiento. Con ello no queremos decir que el derecho es indiferente ante al peligro o riesgo de un daño a un bien jurídico, pues si se trata de un bien penalmente tutelado, será el Derecho Penal quien proporcione protección a dicho bien, y si se tratara de un bien que no cuenta con protección penal, la misma proviene del propio Derecho Civil o Procesal Civil, pero no a través de la

lleva hasta la sentencia final”. MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *“Procedimiento penal colombiano”*. Temis, Bogotá, 2002, p. 102.

⁵¹¹ **Delitos de peligro concreto**: “Son aquellos en que la probabilidad de la lesión concreta implica de algún modo una *commoción* para el bien jurídico, es decir, que temporal y espacialmente el bien jurídico probablemente afectado ha estado en relación inmediata con la puesta en peligro”. BUSTOS RAMÍREZ: Ob. Cit., p. 164. Este es el caso previsto en el artículo 273 de nuestro Código Penal por ejemplo: en el que se crea un peligro para la persona o bienes, mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía. En los delitos de peligro concreto se tendrá que determinar que la conducta o acción efectivamente creó un peligro real para el bien jurídico (vida o bienes), que hubo una relación material entre el comportamiento típico del sujeto y el bien jurídico; de lo contrario se negaría la tipicidad.

⁵¹² **Delitos de peligro abstracto**: “En los que basta que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata y próxima”. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *“Curso de Derecho Penal”*. Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 314. Este es el caso previsto en el artículo 274 de nuestro Código Penal por ejemplo: relativo a la conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad o drogadicción. En estos delitos de peligro abstracto, “se presume *iure ete de iure* el peligro para el bien jurídico, no hay pues posibilidad de prueba en contrario, basta con probar la realización del comportamiento típico...” BUSTOS RAMÍREZ: Ob. Cit., p. 164.

⁵¹³ ORGAZ, Alfredo: Citado por De Trazegnies Granda: Ob. Cit. Tomo II, p. 17.

⁵¹⁴ DIEZ – PICAZO: *Derecho de Daños*. Civitas, Madri, 1999, p. 46.

responsabilidad civil sino mediante la legitimación al perjudicado para hacer uso de una defensa personal o medida cautelar; esto es, el simple peligro, si es fundado, puede viabilizar una acción cautelar o un remedio de otro tipo pero no genera la reparación⁵¹⁵.

Claro que en los casos concretos, es decir, en las sentencias penales, se tendrá que hacer referencia a la reparación civil, por mandato expreso de la norma procesal penal y penal a la vez que para evitar cualquier causal de nulidad⁵¹⁶, pero se concluirá indicando que no existe daño que reparar⁵¹⁷.

En la jurisprudencia nacional no hay consenso al respecto, y existen decisiones amparando el resarcimiento en delitos de peligro así como denegándola⁵¹⁸. Esta falta de uniformidad de criterio quedó nítidamente expresado en el Plenario Jurisdiccional desarrollado en Chiclayo, en octubre del 2000, donde si bien se acordó por mayoría que: “En las sentencias por delitos de peligro se debe fijar la reparación civil, ya que ésta se determina conjuntamente con la pena y debe estar contenida en el fallo condenatorio de acuerdo al artículo 285° del C. De PP”⁵¹⁹; a este criterio se antepuso la hipótesis contraria, de preclaros exponentes de las Cortes Superiores, entre los que se

⁵¹⁵ Al respecto BUERES analizando la legislación argentina refiere: “El peligro de daño (arts. 911, 1067, 1132, 2249. 2ª parte) genera un daño (...) aunque la consecuencia de este *factum* no ha de ser la responsabilidad civil sino la legitimación del perjudicado para solicitar medidas de defensa personal”. *Ob. Cit.* p. 291. En sentido similar, ACUÑA ANZORENA, Arturo: “*Estudios sobre la Responsabilidad Civil*”. Editora Platense, La Plata, 1963, p. 13.

⁵¹⁶ Este mismo criterio es debatido y aceptado en el Pleno Jurisdiccional de Chiclayo, de mes de octubre del 2000, donde al referirse a la transacción entre las partes respecto a la reparación civil, se indica que se debe indicar en la sentencia pero no disponer la reparación si ya pagó la misma. **NORMAS LEGALES: Plenos Jurisdiccionales**. Trujillo, 2002, p. 320.

⁵¹⁷ Con los criterios político criminales que últimamente viene manejando la dogmática más avanzada, para hacer frente a la inflación de grandes peligros o riesgos para la sociedad en general, que amenazan, inclusive, su propia subsistencia, se podría pensar en una sanción especial que complementariamente a la multa, que se dicta a favor del Estado, podría resultar factible hablar de una “*reparación penal*”, tal como refiere SILVA SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 230. A la que también se refiere RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: *Ob. Cit.* p. 828 y ss. Pero ello no debe confundirse o reemplazar a la reparación civil, que como su propio nombre lo indica, es civil. En esta nueva concepción de “reparación penal”, podría tener cabida la “reparación” en casos de delitos de peligro, porque en ésta lo determinante no sería el daño, sino los fines propios de las sanciones jurídico penales. Pero ello claro está, aun constituye una propuesta incipiente, que por lo demás no sabemos si se puede confundir o identificar con la pena de multa, pero nada que ver, con la reparación civil, en la cual el daño concreto es su elemento fundamental.

⁵¹⁸ Se ampara en la jurisprudencia la reparación civil en delitos de peligro, por ejemplo en la sentencia por tráfico ilícito de drogas (típico caso de delito de peligro), cuando se establece: “La reparación civil debe guardar proporción con la cantidad de droga incautada, por lo que es del caso aumentarla”. Jurisprudencia contenida en ROJAS VARGAS e INFANTAS VARGAS: “*Código Penal Comentado*”. Primera Edición, Idemsa, Lima, 2002, p. 431)

⁵¹⁹ **NORMAS LEGALES: Plenos Jurisdiccionales**. Trujillo, 2002, p. 322. El criterio mayoritario asumido en este Pleno fue sustentado por PRADO SILDARRIAGA, quien también sustenta este criterio en su libro “*Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*”. p. 286.

encontraban los Sres. Vocales: Salas Arenas, Talavera Elguera, Morales Parraguez, Rodríguez Tineo, Ponte Durango y Tello Piñeiro, quienes sostuvieron que: “No es razonable imponer la reparación civil donde no existe daño, tampoco es coherente con el principio de lesividad, art. IV del Código Penal, que exige la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos...”. Obviamente, este último criterio, con el cual coincidimos, resulta el correcto. Pues al parecer la posición mayoritaria, talvez por tradición (puesto que con el anterior Código Penal de 1924, esta posición sí resultaba sostenible), confunde las categorías jurídicas, particularmente el principio de lesividad del Derecho Penal, el mismo que considera que se afecta a un bien jurídico a través de una *lesión o de una puesta en peligro*, lo cual no es de recibo en el ámbito de la responsabilidad civil, en el que el eje del resarcimiento está determinado por el daño, en ausencia de éste, no cabe hablar de resarcimiento o reparación. En consecuencia, debe descartarse este criterio del Pleno Jurisdiccional, que como ya se dijo antes, no resulta vinculante sobre todo, si sus conclusiones no responden a las exigencias de la dogmática.

La situación se ha agravado en la jurisprudencia nacional, porque la Corte Suprema mediante acuerdo plenario N° 6-2006/CP-116, publicado en el diario oficial el 29 de diciembre del 2006, ha establecido como reglas vinculantes, que en los delitos de peligro en general “... es posible que existan daños civiles que deban ser reparados”. Asimismo, que “En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil”.

Este acuerdo plenario, lamentablemente, en lugar de esclarecer y zanjar las cosas, ha generado más confusión aún, y resulta dudoso que pueda vincular a los operadores jurisdiccionales, puesto que no tiene sustento argumental alguno; por el contrario, expresa una evidente contradicción en sí mismo. En efecto, parte de la premisa de que la responsabilidad civil tiene como finalidad reparar los daños ocasionados por el delito (lo cual es correcto). Sin embargo, de modo inexplicable, a renglón seguido, luego de expresar que en los delitos de peligro no se requiere que la conducta del agente haya causado un daño, siendo suficiente que el bien u objeto haya sido puesto en peligro, concluye que no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja en estos delitos, responsabilidad civil.

Si bien, pretendiendo sustentar su conclusión consigna algunas citas bibliográficas correspondientes en primer lugar a ALASTUEY DOBON y a Juan EPINOZA ESPINOZA, y en segundo lugar a Margarita ROIG TORRES. Sin embargo, las primeras están referidas a la posibilidad de reparación de los daños morales, extrapatrimoniales o derechos existenciales como expresamente se indica, lo cual está fuera de discusión; pero en estos casos no estamos ante supuestos de peligro, sino ante efectivos daños de contenido extrapatrimonial, respecto a lo cual ya hemos justificado su reparación, cuantificándolos aplicando el criterio de equidad. Pero esto nada tiene que ver con los delitos de peligro.

De otro lado en cuanto a la cita de ROIG TORRES, efectivamente esta autora, hace referencia a que no se debe descartar *a priori* los daños civiles en los delitos de peligro. Sin embargo, todos los supuestos que pone como ejemplos no son delitos de peligro; pues, como la misma autora lo refiere, éstos causan un daño al orden jurídico civil, consecuentemente se trata de resultados dañosos, esto es, de daños efectivos. Debiendo precisarse que pese a que los delitos de peligro no necesitan de un resultado o una lesión para consumarse, ordinariamente se añaden a la consumación de estos delitos, resultados lesivos o dañosos que sí deben repararse, pero éstos no forman parte de la estructura del delito. Tales son los casos por ejemplo de un delito de falsificación de documentos, que como delito de peligro no requiere de perjuicio alguno para consumarse, sin embargo, si con dicho documento se causó un daño al falsearse la realidad en perjuicio de alguien, resulta obvio que hay reparación civil, pero no porque el delito de peligro haya ocasionado el daño en su consumación, sino porque se adicionó al delito, este resultado dañoso. Similares son los ejemplos referidos por la citada autora, como los delitos de *alzamiento de bienes*, contenidos en las jurisprudencias que ésta consigna. Pero esta situación no se presenta en todos los delitos de peligro, menos aún en los delitos de peligro abstracto, por lo que no se puede sostener válidamente que hay reparación civil en los delitos de peligro en general como se hace en el plenario de la Corte Suprema⁵²⁰.

⁵²⁰ Esto resulta más claro si se tienen en cuenta criterios autorizados para la apreciación de los delitos de peligro, como los esbozados por MOCCIA, quien refiere: “Nos referimos como es de sobra conocido, a supuestos de hecho cuya realización, desde el punto de vista de la ofensividad, no requiere ni la causación de un daño, ni la creación de un peligro real para el bien en cuestión. De hecho la total ausencia de lesividad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, soslayando cualquier otra consideración, hace difícilmente aprehensible el desvalor del acto, tanto para la globalidad de los ciudadanos como para el eventual reo”. MOCCIA, Sergio: *De*

Hay que tener en cuenta sin embargo, la teoría de la *causalidad probabilística y del daño probabilístico*, desarrollada por el moderno derecho de daños, inspirado en la ciencia del Análisis Económico del Derecho, conforme la cual se podría amparar el resarcimiento de daños probabilísticos, en los casos de delitos de peligro. Pues la causalidad probabilística, actúa *ex ante*, es decir antes de que se produzca el daño, y para amparar la reparación considera únicamente la creación de un riesgo que probabilísticamente pueda causar una lesión al bien jurídico. Este nuevo sistema sería eficaz por ejemplo, para los casos especialmente complejos y graves, como los supuestos en que se crea un riesgo o se aumenta el ya existente para el medio ambiente o para la calidad del consumo, etc. Aun cuando en estos casos, nos encontraríamos con los problemas de legitimación de los titulares del derecho al resarcimiento o determinación de los agraviados, esto podría superarse legitimando a organismos no gubernamentales dedicados a la protección o defensa de este tipo de bienes jurídicos, o generando mecanismos de representación de los agraviados en potencia, al igual que la llamada *class acción* del derecho norteamericano, por ejemplo.

Obsérvese que estos casos de causalidad probabilística o daño probabilístico, son distintos de los criterios de imputación objetiva diseñados por la teoría del delito; pues si bien es cierto que mediante estos criterios de imputación objetiva, también se vincula al agente de la conducta con un resultado, en virtud a haber creado un riesgo para el bien jurídico o aumentado un riesgo ya existente, lo importante es que se toma en consideración el resultado ya producido, es decir el daño ya materializado; o sea, que el riesgo debe de haberse concretado en un resultado dañoso para el bien jurídico y este daño debe de encontrarse dentro del ámbito previsto por la norma protectora del bien jurídico. Asimismo, la imputación objetiva atribuye el resultado al agente, ordinariamente, luego de haber verificado la relación de causalidad conforme a los criterios tradicionales de determinación (salvo los casos de delitos de omisión impropia, en que no es necesario acreditar una causalidad concreta para imputar el resultado, o si consideramos la imputación objetiva en su vertiente más radical), y es a partir de la imputación objetiva del resultado al agente, que puede determinarse su responsabilidad

penal. En cambio, la causalidad probabilística no actúa para atribuir responsabilidad penal sino para determinar la obligación resarcitoria a cargo del agente creador del riesgo. Esto es, la imputación objetiva opera *ex post*, es decir luego de que se ha producido el daño (salvo casos de adelantamiento de la punición de modo expreso), en cambio la causalidad probabilística actúa *ex ante*, es decir cuando aun no se ha ocasionado el daño; asimismo, su finalidad es resarcir a las víctimas en potencia, por los daños que probabilísticamente se les pudiera causar, más no así para imputar responsabilidad penal o para resarcir daños ya causados.

7.2. DELITOS EN GRADO DE TENTATIVA

En los supuestos en que el delito queda únicamente en grado de tentativa, si bien es cierto se ha realizado la acción típica (en parte o en su totalidad -tentativa inacabada o acabada respectivamente-), no se ha producido el resultado típico, y consecuentemente el delito no se ha consumado; y como quiera que en estos casos, es el resultado el que habitualmente configura la lesión al bien jurídico, será éste el que constituya el daño resarcible. Siendo el caso que si bien es cierto, el delito en grado de tentativa, es reprimible penalmente, en razón a que se ha creado un peligro para el bien jurídico, objetivamente este peligro no se ha concretado en lesión alguna. En consecuencia, el ordenamiento jurídico no puede aprestar en contra del agente del delito intentado, los mecanismos de la responsabilidad civil, orientados al resarcimiento de un daño que no se ha producido⁵²¹. Pues como queda dicho el fin de la responsabilidad civil y del derecho de daños, es eminentemente reparatorio, en contraposición a la responsabilidad penal, cuyo fin es preventivo, resocializador y, al decir de algunos, también retributivo⁵²². Claro que en no pocos supuestos, aún cuando no se haya consumado el delito, se pueden haber ocasionado daños a los bienes jurídicos protegidos, y por tanto será posible la reparación civil, pero antes se tendrá que acreditar que efectivamente se han concretado los daños indemnizables.

⁵²¹ En este mismo sentido se pronuncia GRACIA MARTÍN, Luis: *“Estudios de Derecho Penal”*. Idemsa, Lima, 2004, pp. 433 y 433. También VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Ob. Cit.* pp. 706 y 707.

⁵²² Este criterio, por lo demás ha sido asumido por alguna coherente jurisprudencia, como puede verse en (Fidel Rojas Vargas “Actos preparatorios, Tentativa y Consumación del Delito”. Grijley, Lima 1997. En la represión de la tentativa no comprende la condena al pago de Reparación Civil (Ejecutoria Suprema del 21 de setiembre de 1939, en “Revista de los Tribunales Año 1940, Tomo X p.3-6)

7.3. CONCLUSIONES

1. Existen supuestos delictivos en que se consuma el delito, y sin embargo, no se causa una lesión o daño concreto al bien jurídico y por tanto, a pesar de haberse acreditado la comisión de un delito y la responsabilidad penal, dichos casos no entrañan responsabilidad civil. Estos son los delitos de peligro. Sobre todo los delitos llamados de peligro abstracto.
2. En ciertos casos de delitos de peligro, pueden presentarse daños indemnizables, pero no porque el delito exija la producción de algún resultado lesivo para su consumación, sino porque se han añadido estos daños al delito, por lo que al evaluarse el hecho delictivo también se evaluará la responsabilidad civil por dichos daños adicionales al delito. Ello no sucederá sin embargo, en los delitos de peligro abstracto.
3. En los casos de delitos en grado de tentativa, igualmente en muchos casos no se habrá concretado el daño, y por tanto, el hecho no quedará sujeto a responsabilidad civil. Sin embargo, en otros casos, pueden haberse concretado ciertos daños que exijan reparación, y por tanto, quedan sujetos a responsabilidad civil.

8. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL Y LA ACCIÓN PENAL

8.1. EXINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA Y ACCIÓN PENAL

La acción resarcitoria proveniente de un acto delictivo es independiente de la acción penal, por lo que la extinción de ambas acciones, también es independiente, operando para cada una, sus propias formas de extinción; sobre todo en la extinción por prescripción en cuanto al cómputo de los plazos de suspensión, interrupción, ampliación y renuncia.

La acción penal, a tenor del artículo 78° del Código Penal, se extingue por muerte del imputado, prescripción y amnistía e indulto; por autoridad de cosa juzgada; y en los casos en que sólo procede el ejercicio privado de la acción penal, por desistimiento o transacción. A los que hay que agregar el supuesto previsto en el

artículo 79° del Código Penal, que establece que se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulta que el hecho imputado como delito es lícito. Si no operara alguno de estos supuestos la acción penal seguirá vigente y por tanto también la acción civil, sin interesar el tiempo que hubiese transcurrido.

Debiendo precisarse que aun cuando se hubiese extinguido la acción penal por alguna razón, la acción civil puede seguir vigente. Así, si se trata de la extinción de la acción penal por **muerte del agente** del delito, y se ha producido un daño indemnizable, la acción resarcitoria podrá ejercitarse contra los herederos de dicho agente⁵²³, salvo que el resarcimiento implique un hecho inherente a la persona del agente, la ley lo prohíba o exista pacto en contrario (conforme al artículo 1218° del Código Civil⁵²⁴).

En igual sentido, si la acción penal se extinguiese por **amnistía**, la acción civil quedará vigente, pudiendo ejercitarse contra al agente amnistiado, o también puede asumir esta obligación el propio Estado (el mismo que por consideraciones de conveniencia político social o criterios de política criminal, ha considerado necesario sustraer de la persecución penal al agente amnistiado), pero ello no puede perjudicar al titular de la reparación civil, quien no tiene por qué asumir por sí mismo el costo de la acción perdonada. Distinto será el caso en que el agraviado fuese el propio Estado, en el cual generalmente la amnistía extinguirá tanto la acción penal así como la resarcitoria, salvo casos excepcionales en que la propia ley de amnistía deje vigente la obligación resarcitoria.

En el caso de la extinción de la acción penal por **cosa juzgada**, si en el proceso penal no se hubiese ventilado el extremo de la pretensión civil resarcitoria, ésta se puede ejercitar en cualquier momento en la vía correspondiente. Distinto será el caso en que en el proceso penal se hubiesen ventilado ambas pretensiones (penal y civil), porque la pretensión civil fue introducida en el proceso por el Fiscal o por el agraviado, en cuyo

⁵²³ Claro que sólo se podrá demandar a los herederos, siempre que el causante deje bienes componentes de la masa hereditaria con los cuales se pueda hacer frente a la obligación resarcitoria. Esto es, podrá demandarse a los herederos, siempre dentro de los límites de la herencia.

⁵²⁴ Si bien es cierto, este artículo está referido específicamente a las obligaciones de naturaleza contractual, nada impide su aplicación a la obligación resarcitoria extracontractual, puesto que estas normas son de aplicación general a todas las fuentes de obligaciones. Tanto más, si existe igual fundamento jurídico tanto en una esfera de responsabilidad así como en la otra; equiparándose la voluntad, como fuente de las obligaciones contractuales, con la ley, fuente de las obligaciones extracontractuales. En consecuencia, resultaría viable la aplicación por analogía.

caso, la cosa juzgada comprende ambas acciones, y por tanto, ya no será posible accionar en la vía civil; salvo el supuesto previstos en el artículo 99° del Código Penal.

Respecto a la extinción de la acción penal por **desistimiento o transacción**, en los casos en que ésta sólo procede por ejercicio privado, la acción resarcitoria quedará sujeta a los términos de la transacción o a las razones del desistimiento; no existiendo impedimento para que el perjudicado con el delito, pueda recurrir a la vía civil en busca de la reparación civil, pues el desistimiento sólo extingue la acción penal más no así la pretensión resarcitoria, salvo pacto *inter partes*.

En el caso de la extinción de la acción penal en virtud a la aplicación del **artículo 79°** del Código Penal, no será posible recurrir a la vía civil, pues, en este caso se ha determinado que el acto causante del daño es lícito, y por tanto el daño ocasionado no será antijurídico.

8.2. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESARCITORIA.

En general, de conformidad con el inc. 4 del artículo 2001° del Código Civil, la acción civil por responsabilidad extracontractual y por tanto la proveniente del delito, prescribe a los 2 años. Sin embargo, conforme al artículo 100° del Código Penal, dicha acción no se extingue mientras subsista la acción penal; lo que lleva a considerar plazos mayores a los dos años, dependiendo de la pena conminada para cada delito. En este sentido, resultan vinculadas ambas acciones respecto a su extinción; no obstante, si el proceso penal concluyera sobreseyendo la causa o absolviendo al acusado, pese a haberse determinado la existencia de un daño indemnizable, la acción civil aún podrá ejercitarse aun cuando hubiese transcurrido más de dos años, toda vez que, conforme al artículo 1993° del Código Civil, en este caso, el plazo de prescripción queda suspendido; ya que al existir un proceso penal en trámite no se podía ejercitar la acción civil en la vía correspondiente.

El plazo de prescripción de la acción resarcitoria puede *interrumpirse* como el de la acción penal, pero esta interrupción no se realiza por un acto público como las actuaciones fiscales o judiciales (como en el proceso penal), sino por el requerimiento que el propio agraviado puede hacer al obligado; sea mediante intimación personal o a

través de un demanda judicial debidamente notificada, de conformidad con el artículo 1996° del Código Civil. En este caso la demanda de todas maneras interrumpe el plazo aun cuando se hubiera recurrido a un juez incompetente. Sin embargo la interrupción quedará sin efecto, si es que el demandante se desiste de su acción o el proceso concluye por abandono, en cuyo caso, se contará el plazo prescriptorio sin tenerse en cuenta el acto de interrupción. Asimismo, también operará la interrupción del plazo de prescripción, si es que el obligado reconoce la obligación u opone judicialmente la compensación⁵²⁵. En todos los casos de interrupción, si es que cesa la causal interruptoria, empezará un nuevo cómputo del plazo, sin considerarse el tiempo transcurrido antes de la interrupción.

De otro lado, resulta discutible si la solicitud de resarcimiento hecho por el Ministerio Público interrumpe la prescripción, pues, en este caso, no se trata de un requerimiento de pago hecho por el titular de la acción resarcitoria, y si éste voluntariamente o por negligencia no hubiese ejercitado dicha acción, válidamente puede ser sancionado con la prescripción. En este sentido, por tratarse de una pretensión privada, no será suficiente, para la interrupción, el ejercicio de la acción civil por el Ministerio Público, salvo que su actuación interrumpa también la acción penal, en cuyo caso, en virtud al artículo 100° del Código Penal la acción civil seguirá vigente por seguir también vigente la acción penal.

El plazo de prescripción de la acción resarcitoria también puede *suspenderse* cuando se presente cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 1994° del Código Civil⁵²⁶; asimismo también se suspenderá su cómputo cuando la continuación del

⁵²⁵ En general y desde un óptica puramente teórica, la interrupción en este supuesto, a diferencia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, que en todo caso prescribirá transcurrido el plazo ordinario más el extraordinario –y el plazo máximo de prescripción es de 20 y 30 años, según se trate de penas privativas de libertad de tiempo determinado o indeterminado–, puede realizarse un sin número de veces, y así prolongarse el plazo de prescripción indefinidamente.

⁵²⁶ *ARTÍCULO 1994° del Código Civil: Se suspende la prescripción:*

1. Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales.
2. Entre los cónyuges durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
3. Entre las personas comprendidas en el artículo 326.
4. Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.
5. Entre los incapaces y sus curadores durante el ejercicio de la curatela.
6. Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes en los casos que procede.
7. Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo.
8. Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

proceso judicial no pudiera continuar válidamente; tal es el caso previsto por el artículo 3° del Código de Procedimientos Penales⁵²⁷. Asimismo, también queda en suspenso el plazo de prescripción de la acción civil, cuando no se pueda ejercitar la acción, como sucede en los casos previstos en el artículo 1993° del Código Civil, por ejemplo cuando se ha iniciado el proceso penal y el agraviado se reserva el derecho de recurrir a la vía civil (artículo 12°.1, del Código Procesal Penal). Pero en los casos de suspensión, cesada la causal de suspensión, a diferencia de la interrupción, se adicionará el plazo transcurrido antes de la suspensión. La suspensión del plazo de prescripción de la acción resarcitoria no está sujeta a límite determinado, como la acción penal, en la que el plazo ordinario más el extraordinario, en todo caso, produce la extinción de la acción penal por prescripción. Pues por tratarse de una pretensión privada y de carácter patrimonial únicamente, no se puede decir que su mantenimiento indefinido, genera una situación de afectación de los derechos fundamentales de la persona como en el caso del mantenimiento de la vigencia indefinida de la acción penal.

Respecto a la acción resarcitoria no opera la **reducción** ni la **ampliación** de los Plazos de prescripción como en la acción penal. Asimismo, tampoco es obligación del Juez pronunciarse sobre la prescripción, como en el caso de la acción penal; toda vez que el Juez no podrá fundar su fallo en la prescripción si es que no ha sido invocada, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1992° del Código Civil⁵²⁸. Sin embargo, el demandado -sea en proceso civil o penal-⁵²⁹, podrá renunciar a la prescripción ya ganada, y solicitar al juez, que resuelva pronunciándose sobre el fondo del asunto. No

⁵²⁷ *ARTÍCULO 3° del Código de Procedimientos Penales: Cuando en la sustanciación de un procedimiento civil aparezca indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, el Juez dará conocimiento al representante del Ministerio Público para que entable la acción penal correspondiente. En este caso el Juez suspenderá la tramitación civil, siempre que juzgue que la sentencia penal puede influir en la que debe dictarse sobre el pleito civil. El auto que suspende el juicio civil, es susceptible de apelación en ambos efectos y de recurso*

⁵²⁸ Este criterio se sustenta en el hecho que por la prescripción de la acción civil se sustenta en un interés particular del titular del derecho o acción, al contrario de lo que sucede en la prescripción de la acción penal en que en todo momento se encuentra en juego un interés público. Por ello el Juez Penal está obligado a declarar de oficio la extinción de la acción penal por prescripción.

⁵²⁹ En el proceso civil normalmente se denomina demandado al que se le está requiriendo judicialmente, pero en el proceso penal, no se le llama demandado sino imputado o procesado y en su caso tercero civil; pero esta denominación está referida a la secuela de la acción penal, mas no así a la acción resarcitoria, respecto a la cual también puede llamársele demandado cuando se le requiere el resarcimiento al procesado o tercero.

obstante, cualquiera que tenga legítimo interés en que no se afecte el patrimonio del demandado, puede solicitar que se declare la prescripción⁵³⁰.

8.3. PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA.

Si bien, la acción para ejercitar la acción resarcitoria, (la facultad para recurrir a la autoridad jurisdiccional a fin de que ésta determine la reparación, tanto en su entidad como en su monto) prescribe en general a los 2 años o en el plazo que se mantenga vigente la acción penal, una vez que se ha amparado la pretensión a través de la correspondiente sentencia consentida o ejecutoriada, nos encontramos ante una obligación nacida de una ejecutoria, cuyo plazo de prescripción es de 10 años, conforme a lo previsto en el inciso 1) del artículo 2001° del Código Civil. Este plazo puede interrumpirse con el requerimiento de pago, requerimiento que puede realizarse de modo indeterminado. Esto es el agraviado, cuya reparación civil se ha amparado en el proceso, tiene el más amplio plazo para cobrar la reparación civil, pudiendo hacerlo directamente en ejecución de sentencia, como ya se ha indicado, o inclusive utilizando la sentencia como título ejecutivo.

8.4. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Normal y ordinariamente, la acción penal, de conformidad con el artículo 80 del Código Penal, prescribe al transcurrir un plazo igual al máximo de la pena fijado para el delito, si se trata de pena privativa de libertad; pero en ningún caso el plazo de prescripción será superior a 20 años, excepto cuando el delito esté sancionado con pena privativa de libertad de “cadena perpetua”, en cuyo caso el plazo de prescripción máximo se extiende hasta los 30 años. En los casos que el delito está sancionado con otro tipo de pena -distinta de la privativa de libertad-, el plazo de prescripción ordinario será de tres años. El plazo de prescripción puede interrumpirse, suspenderse, reducirse o ampliarse; asimismo, el beneficiado por la prescripción ya ganada puede renunciar a la misma.

⁵³⁰ En este caso, aun existiendo el derecho del demandado a renunciar a la prescripción, se impone el derecho del tercero, por que si se permitiría la renuncia, se estaría amparando un ejercicio abusivo del derecho, situación que no es amparado por nuestro ordenamiento jurídico, y más bien es condenada, generando la correspondiente responsabilidad.

8.4.1. INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

El plazo de prescripción de la acción penal puede *interrumpirse*, en cuyo caso empezará a contarse nuevamente, sin considerar el tiempo transcurrido hasta la interrupción; es decir que empezará un nuevo cómputo a partir de la cesación del acto de interrupción. Los supuestos con los que puede interrumpirse el plazo de prescripción de la acción penal lo constituyen las actuaciones del Ministerio Público, las actuaciones judiciales y la comisión de un nuevo delito doloso. Interrumpido el plazo, para que opere la prescripción, se requiere agregar al plazo ordinario de prescripción, la mitad del mismo. La interrupción opera para todos los casos, sea para delitos sancionados con pena privativa de libertad o para los sancionados con otros tipos de pena. Asimismo también opera para la acción penal por faltas, porque la ley dispone la interrupción en términos generales sin hacer excepción alguna, comprendiendo el ámbito de los delitos y las faltas o cualquier tipo de pena. En este sentido, cuando se trate de un delito sancionado con pena distinta a la privativa de libertad, prescribirá ordinariamente a los 3 años, y de operar alguna causal de interrupción, se requerirá agregar el plazo extraordinario, por lo que en todo caso prescribirá la acción penal por estos delitos, a los 4 años y medio. Asimismo, si se tratara de faltas, el plazo ordinario de prescripción es de un año, por lo que de interrumpirse, en todo caso prescribirá la acción penal al año y medio⁵³¹.

A diferencia de la acción civil, la acción penal no puede interrumpirse indefinidamente, por más interrupciones que hubiesen; en toda caso, prescribirá la acción cuando transcurra el plazo ordinario de prescripción más el extraordinario, de conformidad con la última parte del artículo 83° del Código Penal. En cambio, la prescripción de la acción civil resarcitoria, puede interrumpirse indefinidamente, según las interrupciones que pudieran hacerse; pudiendo pretenderse el resarcimiento del daño, aun cuando la acción penal ya se encuentre extinguida por prescripción.

8.4.2. SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

El Plazo de prescripción de la acción penal también puede *suspenderse*, en cuyo caso, no corre el período transcurrido durante el tiempo que dura la suspensión, pero

⁵³¹ Modificación según Ley N° 27939 del 12 de febrero del 2003, con anterioridad a esta norma el plazo de prescripción era de 6 meses, con interrupción 9 meses.

una vez cesado éste, se sumarán ambos períodos, el transcurrido antes de la suspensión y el que opere después de cesada la misma, pues, aún cuando el Código Penal no lo dice, por tratarse de una institución proveniente del Derecho Civil, debemos aplicar el mismo criterio seguido en esté ámbito jurídico, y precisamente el Código Civil en su artículo 95° refiere que “desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose al tiempo transcurrido anteriormente”⁵³². Caso de suspensión del plazo prescriptorio de la acción penal es el previsto en el artículo 84° del Código Penal; es decir cuando la prescripción queda en suspenso por no poder iniciarse la acción penal o por no poder continuar la misma. Casos específicos de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal la acción penal son: Los supuestos de cuestión previa, de cuestión prejudicial, de Antejudio Constitucional y Desafuero Constitucional.

Un aspecto importante respecto a la suspensión del plazo de prescripción, es el relativo a determinar si también resulta aplicable el último párrafo del artículo 83°, que establece que en todo caso prescribe la acción, en casos de interrupción, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en la mitad el tiempo ordinario. Al respecto ROY FREYRE, considera que el Código Penal no ha previsto esta circunstancia, para los casos de suspensión, expresa ni tácitamente, como sí lo hacía el Código de 1924⁵³³, y que por tal razón no resultaría aplicable al caso en comento. Sin embargo, por nuestra parte creemos, que interpretando las normas penales en referencia, al amparo de los principios fundamentales del Estado de Derecho y de los criterios informantes del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, sí se podría aplicar la prescripción obligatoria en todo caso, a los supuestos de suspensión del plazo de prescripción, pues en ambos casos, creemos que existe igual razón, y supuesto de hecho análogo, por lo que nada impide aplicar por analogía el “en todo caso” a ambos supuestos, de interrupción y suspensión; debiendo descartarse interpretaciones meramente formales de la legalidad, para orientarnos por criterios de **legalidad estricta o legitimación sustancial**⁵³⁴, que tome en cuenta el respeto y propenda a la plena

⁵³² El mismo criterio manejan también ROY FREYRE: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Grijley, Lima, 1997, p. 86 y BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES: *Código Penal anotado*. 3ª edición, San Marcos, Lima, 2001, p. 303.

⁵³³ ROY FREYRE: *Ob. Cit.* pp. 89 y 90.

⁵³⁴ Al respecto resultan ilustrativas las afirmaciones de Luigi FERRAJOLI, cuando analizando el Estado de Derecho refiere que debe entenderse por tal no sólo “... no simplemente un “estado Legal” o regulado por la ley, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público -legislativo, judicial y administrativo- está

vigencia de los derechos fundamentales. Más aún si se considera que el Código Penal anterior disponía la aplicación de este precepto a ambos supuestos, y aun cuando el Código actual no lo dice, sólo se trataría de una omisión, más no una toma de postura en sentido contrario. Por lo demás el propio ROY FREYRE, aún cuando de *lege ferenda*, considera necesaria la limitación del plazo de prescripción aun a los casos de suspensión de su cómputo, pues de lo contrario se podría extender la prescripción de manera indefinida⁵³⁵, lo cual obviamente resulta atentatorio de los derechos fundamentales, particularmente del derecho a la libertad, que se pone en riesgo con el reconocimiento indefinido del *ius puniendi* estatal en contra de la persona.

8.4.3. REDUCCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

El plazo prescriptorio de la acción penal también puede *reducirse*, como sucede cuando el agente del delito cuenta con más de 18 años pero menos de 21, o cuando tiene más de 65 años; en cuyo caso el plazo de prescripción se reduce a la mitad del que corresponde ordinariamente. En este caso si hubiera interrupción, para que opere el plazo prescriptorio se aumentará en todo caso la mitad del plazo disminuido o reducido a la mitad. Esto es, si el plazo de prescripción ordinario es de 20 años, como en el delito de homicidio simple (art. 106° del Código Penal), el plazo reducido será de 10 años; pero si este plazo reducido se interrumpe, se agregará en todo caso su mitad; por lo que se producirá la prescripción cuando transcurran 15 años desde la perpetración del hecho.

8.4.4. AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

También puede *ampliarse* el plazo de prescripción, tal es el caso en que el delito es cometido por un funcionario o servidor público, y el objeto del delito es el patrimonio del Estado o de un Organismos sostenidos por éste; en cuyo supuesto el plazo de prescripción ordinario se duplica. En este caso, si se interrumpe el plazo de

subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de este carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes” *Derecho y Razón*. Trotta, Madrid, 1998, p. 856. Agregando asimismo, que “En todos los casos se puede decir que la *mera legalidad*, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su *legitimación formal*, mientras que la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, inclusive las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su *legitimación sustancial*”. *Ob. Cit.* p. 857.

⁵³⁵ ROY FREYRE: *Ob. Cit.* p. 90.

prescripción ampliado o aumentado, en todo caso la prescripción operará cuando transcurra adicionalmente la mitad del plazo ampliado. Esto es, si por ejemplo en el delito de peculado (primera parte del art. 387° del Código Penal modificado por la ley 26643, del 20 de junio de 1996), cuyo plazo ordinario de prescripción es de 8 años (extremo mayor de la pena conminada), el plazo duplicado será 16 años, y si este plazo se interrumpe, para que opere la prescripción será necesario que transcurra adicionalmente su mitad; es decir prescribiría en todo caso a los 24 años; sin embargo, este plazo se reducirá a 20 años, porque el plazo máximo de prescripción no será mayor de este período (art. 80 C.P.).

8.4.5. RENUNCIA A LA PRESCRIPCIÓN

Por otro lado, el imputado tiene el derecho a **renunciar** a la prescripción de la acción penal, en cuyo caso podrá exigir el pronunciamiento final de la autoridad jurisdiccional sobre el fondo del asunto, aun cuando la acción penal se hubiera extinguido por prescripción. Estos casos se presentan fundamentalmente, cuando el imputado está seguro de su inocencia, a la vez que está convencido de que el juzgador lo absolverá de los cargos en su contra, y de este modo se declarará judicialmente su inocencia; lo que no sucedería si se declarara prescrita la acción penal, en cuyo caso no hay pronunciamiento alguno respecto a la responsabilidad o inocencia del imputado. Pero debe entenderse, que el derecho a la renuncia de la prescripción, está referido a la prescripción ya ganada, más no así en términos generales; pues el derecho a beneficiarse con la prescripción es irrenunciable, y todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción es nulo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1990° del Código Civil, aplicable en este caso supletoriamente a la prescripción de la acción penal, por tratarse de prescripción extintiva.

No obstante, la renuncia tendría efectos sólo para absolver al procesado, más no así para condenarlo, porque si bien es cierto que le asiste al procesado el derecho a renunciar, a fin de que sea judicialmente declarado inocente, en salvaguarda de sus derechos fundamentales al honor y al “estado de inocencia”, esta situación no revive el derecho del Estado a concretar una acción penal que ya se ha extinguido; todo esto en

armonía con los criterios de *legitimación sustancial* que debe orientar la aplicación del Derecho Penal y la afectación de los derechos fundamentales⁵³⁶.

Finalmente, a diferencia de lo que sucede en un proceso civil, en que el fallo judicial no se puede fundar en la prescripción, si es que no ha sido invocada -art. 1992° del Código Civil-, en un proceso penal el Juez necesariamente declarará extinguida la acción penal por prescripción, aun cuando no haya sido invocada por el imputado.

8.5. CONCLUSIONES

1. La acción resarcitoria proveniente de un acto delictivo es independiente de la acción penal, por lo que la extinción de ambas acciones, también es independiente, operando para cada una sus propias formas de extinción. Sin embargo, la acción civil no opera mientras esté vigente la acción penal.
2. Las causales de extinción de la acción penal como la muerte del imputado, por amnistía, por prescripción y por cosa juzgada siempre dejan a salvo el derecho de ejercitar la acción resarcitoria en la vía civil, si es que ésta no se hubiese ventilado conjuntamente con la acción penal y hubiese pronunciamiento definitivo al respecto.
3. Únicamente en los caso de transacción o desistimiento en los supuestos de ejercicio privado de la acción penal, también se extingue la acción civil resarcitoria, puesto que en éstos el ofendido es el titular de ambas acciones. Igual sucede en el caso de extinción por sentencia de la vía civil, puesto que la pretensión civil ya ha sido evaluada con anterioridad a la declaración de extinción de la acción penal.
4. Los plazos de prescripción de la acción penal pueden interrumpirse, suspenderse al igual que los plazos de la acción civil. Sin embargo, en la acción penal, en todo caso operará la prescripción transcurrido el plazo ordinario más el extraordinario. En cambio el plazo de prescripción de la acción civil puede interrumpirse indefinidamente.
5. Es discutible si la solicitud de resarcimiento hecho por el Ministerio Público interrumpe la prescripción, ya que no se trata de un requerimiento de pago hecho

⁵³⁶ Para una idea clara al respecto, ver: FERRAJOLI, Luigi: *Ob. Cit.* pp. 851 y ss.

por el titular de la acción resarcitoria, por lo que si éste voluntariamente o por negligencia no hubiese ejercitado dicha acción, válidamente puede ser sancionado con la prescripción.

6. Respecto a la acción penal opera la **reducción** y la **ampliación** de los Plazos de prescripción, lo cual no opera para el plazo de prescripción de la acción civil resarcitoria.
7. La prescripción de la acción penal puede ser declarada de oficio; en cambio la prescripción de la acción civil tiene que se invocada por el beneficiado, de lo contrario el Juez no podrá invocarla para fundar su fallo. En este caso, no obstante declararse la prescripción de la acción penal, puede establecerse el monto de la reparación civil si ésta ha sido solicitada en el proceso, de conformidad con el artículo 12° del Código Procesal Penal.
8. El beneficiado por la prescripción de la acción penal al igual que el beneficiado por la prescripción de la acción civil resarcitoria pueden renunciar a las mismas.
9. En el caso de renuncia a la prescripción de la acción penal, el Juez penal estará obligado a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Sin embargo, no podrá condenar al imputado porque el *jus puniendi* estatal se ha extinguido por la prescripción y la renuncia a ésta únicamente favorece al renunciante. Esto es, la renuncia no revive el derecho del Estado a concretar una acción penal que ya se ha extinguido. Todo esto en armonía con los criterios de **legitimación sustancial** que debe orientar la aplicación del Derecho Penal y la afectación de los derechos fundamentales.
10. En el caso de renuncia a la prescripción de la acción civil resarcitoria igualmente el beneficiado puede exigir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Pero en este caso se podrá condenar al responsable a cumplir con el resarcimiento del daño, puesto que en este caso se trata de la renuncia, con todos sus efectos, al ejercicio de un interés o derecho privado o particular.
11. Una vez amparada la pretensión resarcitoria el plazo de prescripción para su cobro es de 10 años, conforme a lo previsto en el inciso 1) del artículo 2001° del Código Civil, al tratarse de una obligación proveniente de una ejecutoria. Este plazo igualmente puede ser objeto de interrupción o suspensión conforme a ley.

9. RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DEL DELITO Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

9.1. PRONUNCIAMIENTOS DEL PODER JUDICIAL

En relación al resarcimiento del daño en general, y específicamente al daño proveniente del delito, es decir el resarcimiento dentro del proceso penal, la Jurisprudencia del Poder Judicial se muestra incoherente e ineficaz; pues, en algunos casos se ampara el resarcimiento en determinadas condiciones y magnitud y en otros casos similares se determina la magnitud del daño de manera totalmente distinta sin dar razón o motivación alguna; asimismo, los montos establecidos como reparación civil, son exigüos, y no corresponden a la real magnitud del daño causado y probado en el proceso. A la vez que no se establecen qué criterios se han tenido en cuenta para la determinación del hecho dañoso, el daño, la relación de causalidad entre ambos, el factor de atribución de responsabilidad y el resarcimiento; apreciándose que en lo fundamental nuestros operadores todavía siguen pensando conforme los criterios esgrimidos en el derogado Código Penal de 1924. Asimismo, no existen criterios uniformes en cuanto a los diversos elementos vinculados al resarcimiento del daño, como por ejemplo en la reparación civil proveniente de delitos de peligro. Sin embargo, aisladamente, existen algunas resoluciones judiciales plausibles respecto a los temas bajo análisis. A continuación glosamos la síntesis de algunas sentencias de las cortes Superiores y de la Corte Suprema de Justicia y formulados pequeños comentarios sobre su contenido. En esta glosa, a fin de mostrar el estado actual de la jurisprudencia, consideramos no sólo las sentencias que aportan criterios útiles, sino también algunas que no lo hacen.

9.1.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REPARACIÓN CIVIL

La Corte Suprema de Justicia de la República, por *resolución vinculante* de fecha 26 de noviembre del 2005, establece:

Que la reparación civil no es pena y tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima.

Resolución de la SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA en el R. N. N° 948 – 2005. Junín, de fecha 7 de junio del 2005.

Este criterio es reiterado con más claridad aún, en otra Jurisprudencia Vinculante de fecha 20 de abril del 2006 (publicada en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 10 de mayo del 2006), en la cual se establece que la reparación civil

“... como es obvio no es una pena ni está dentro de los límites del jus puniendi del Estado, e incluso las reglas de prescripción en orden a su ejecución están normadas en el artículo 2001° del Código Civil”.

Resolución de la SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en el R. N. N° 2476 – 2006. Lambayeque, de fecha 20 de abril del 2006.

De este modo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido con claridad, que la reparación civil proveniente del delito, tiene naturaleza privada, tal como sostenemos en este trabajo. Este criterio también es asumido por la Jurisprudencia extranjera, tal como indica CHOCLÁN MONTALVO al referirse a la jurisprudencia española⁵³⁷. Consecuentemente, aun cuando el criterio esbozado por el Tribunal Constitucional es contrario a esta posición, asumiendo que la reparación civil proveniente del delito tiene naturaleza penal, la Corte Suprema ha zanjado el asunto a través de su pronunciamientos de carácter vinculante.

Lamentablemente, la misma SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, no ha mantenido criterios uniformes, pues con anterioridad, y con la participación de dos de los Vocales que participaron en la emisión de la resolución vinculante del 20 de abril del 2006, ha ensombrecido la claridad del criterio esbozado respecto a la naturaleza privada de la reparación civil y su finalidad orientada a la reparación del daño, al establecer que:

⁵³⁷ Tribunal Supremo Español en STS del 20 de enero de 1997 (Sr. Puerta Luis) en la que establece: “La reparación civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que ésta sea examinada en el proceso penal y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la Jurisdicción civil”. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *El patrimonio criminal*. Dickinson, Madrid, 2001, p. 30.

“... un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como el Tráfico Ilícito de Drogas, cuya punibilidad por lo demás tiene su origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función a la cantidad y dañosidad de la droga incautada, así como a la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de individuos que han participado en la comisión, sobre la base de los principios de suficiencia y razonabilidad y proporcionalidad”.

Resolución de la SALA PENAL PERMANENTE fecha 21 de septiembre del 2004.

Aun cuando este pronunciamiento es anterior a la resolución vinculante, entorpece la línea de interpretación normativa y decisión jurisprudencial respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito. Esto se agrava cuando el criterio confuso expresado en esta resolución, se reitera en posterior Acuerdo vinculante de los vocales de las salas penales de la Corte Suprema, tal como se consigna en la glosa subsiguiente.

9.1.2. REPARACIÓN CIVIL EN CASOS DE DELITOS DE PELIGRO

La Corte Suprema mediante acuerdo plenario N° 6-2006/CP-116, publicado en el diario oficial el 29 de diciembre del 2006, ha establecido como reglas vinculantes que en los delitos de peligro en general:

“7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto a su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por el ilícito penal, el que

obviamente no puede identificarse con ‘ofensa penal’ -lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción/daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

8. Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que debe originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir -menoscabo patrimonial-; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales -no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas -se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno- (conforme: ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “Derecho de la responsabilidad civil”; Gaceta Jurídica, 2002, páginas 157/159).

9. Los delitos de peligro -especie de tipo legal según las características externas de la acción- pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir una lesión que se quiere evitar [el peligro es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la

posibilidad de lesión -peligro concreto- o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido -peligro abstracto- (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: “Derecho Penal – Parte General”; ARA editores, Lima, 2004, p. 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado y los otros son delitos de mera actividad.

10. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aun cuando es distinto el objeto sobre el cual recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible la existencia de daños civiles que deban ser reparados.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos – sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal -que, por lo general y sin que siempre sea así, es de carácter supraindividual-. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo](conforme: ROIG TORRES, Margarita: “La reparación del daño causado por el delito”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, paginas 124/125).

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.

III. DECISIÓN.

11. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

12. ESTABLECER como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delito de peligro las que se describen en los párrafos 7 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

13. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados debes ser invocados por los magistrados de las instancias correpondientes, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial”

En síntesis, este Acuerdo Plenario, establece que: *Es posible que existan daños civiles que deban ser reparados en los delitos de peligro, por lo que no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil en estos delitos.*

Al respecto debemos precisar que lamentablemente este Acuerdo Planario, en lugar de esclarecer y zanjar las cosas, ha generado mayor confusión aún, y resulta dudoso que pueda vincular a los operadores jurisdiccionales, puesto que no tiene sustento argumental alguno; por el contrario, expresa una evidente contradicción en sí mismo. En efecto, parte de la premisa de que la responsabilidad civil tiene como finalidad los daños ocasionados por el delito (lo cual es correcto). Sin embargo, de modo inexplicable, a renglón seguido, luego de expresar que en los delitos de peligro no

se requiere que la conducta del agente haya causado un daño, siendo suficiente que el bien u objeto haya sido puesto en peligro, concluye que no cabe negar a *priori* la posibilidad de que surja en estos delitos, responsabilidad civil.

Si bien, pretendiendo sustentar su conclusión consigna algunas citas bibliográficas correspondientes en primer lugar a ALASTUEY DOBON y a Juan EPINOZA ESPINOZA, y en segundo lugar a Margarita ROIG TORRES. Sin embargo, las primeras están referidas a la posibilidad de reparación de los daños morales, extrapatrimoniales o derechos existenciales como expresamente se indica, lo cual está fuera de discusión; pero en estos casos no estamos ante supuestos de peligro, sino ante efectivos daños de contenido extrapatrimonial, respecto a lo cual ya hemos justificado su reparación, cuantificándolos aplicando el criterio de equidad. Pero esto nada tiene que ver con los delitos de peligro.

De otro lado en cuanto a la cita de ROIG TORRES, efectivamente esta autora, hace referencia a que no se debe descartar a *priori* los daños civiles en los delitos de peligro. Sin embargo, todos los supuestos que pone como ejemplos no son delitos de peligro; pues, como la misma autora lo refiere, éstos causan un daño al orden jurídico civil, consecuentemente se trata de un resultado dañoso, esto es, de daños efectivos. Debiendo precisarse que pese a que los delitos de peligro no necesitan de un resultado o una lesión para consumarse, ordinariamente se añaden a la consumación de estos delitos, resultados lesivos o dañosos que sí deben repararse, pero éstos no forman parte de la estructura del delito. Tales son los casos por ejemplo de un delito de falsificación de documentos, que como delito de peligro no requiere de perjuicio alguno para consumarse, sin embargo, si con dicho documento se causó un daño al falsearse la realidad en perjuicio de alguien, resulta obvio que hay reparación civil, pero no porque el delito de peligro haya ocasionado el daño en su consumación, sino porque se adicionó al delito, este resultado dañoso. Similares son los ejemplos referidos por la citada autora, como los delitos de *alzamiento de bienes*, contenidos en las jurisprudencias que ésta consigna. Pero esta situación no se presenta en todos los delitos de peligro, menos aún en los delitos de peligro abstracto, por lo que no se puede sostener válidamente que hay reparación civil en los delitos de peligro en general como se hace en el plenario de la Corte Suprema. Un comentario detallado respecto a este punto dejamos para otra oportunidad.

9.1.3. **CONTENIDO DE LA REPARACIÓN**

En sentencia emitida por una Sala Penal de Lima, el 30 de mayo de 1997, se establece: ***“Conforme al artículo 92° y 101° del Código Penal la reparación civil, como consecuencia proveniente del hecho punible, busca la reparación del daño ocasionado a la víctima; esta reparación comprende la restitución del bien materia del delito o de su valor y el pago de los daños y perjuicios; la reparación civil se rige además por las disposiciones del Código Civil, por lo que para determinar la reparación se debe tener en cuenta el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona ...”***⁵³⁸.

De donde se advierte que, se indica debidamente las normas aplicables a la responsabilidad civil dentro del proceso penal, cuáles son los conceptos integrantes de la reparación, tanto teniendo en cuenta la norma sustantiva penal así como lo establecido por el Código Civil al respecto; sin embargo no describe los demás elementos y criterios integrantes de la responsabilidad civil ni se elabora o expresa el razonamiento a partir del cual se da por acreditada la reparación civil así como la liquidación de su respectivo monto. Es más, no se toma en cuenta las circunstancias específicas del caso y únicamente se hace referencia a los criterios generales anotados.

De este tipo de resoluciones abundan en las sentencias de las Cortes Superiores. Pues conforme a un estudio empírico realizado con anterioridad⁵³⁹ se ha detectado que son de alrededor del 95 por ciento del total de los casos.

9.1.4. **FINALIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL**

En sentencia emitida por una Sala Civil de Huaraz con fecha 3 de enero de 1998, se establece que: ***“La acción indemnizatoria tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, por lo que acreditados éstos, debe procederse a determinar el monto***

⁵³⁸ LA ROSA GÓMES DE LA TORRE, Miguel: *“Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario”* Grijley, Lima, 1999, p. 16.

⁵³⁹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“El resarcimiento del daño en el proceso penal”*. Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencias Penales en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999. Asimismo, en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“La reparación civil en el proceso penal”*. 2ª edición, Idemsa, Lima, 2005, pp. 378 y ss.

indemnizatorio con arreglo a los criterios de objetividad y proporcionalidad ...”⁵⁴⁰.

En esta resolución se hace referencia en primer lugar a cuestiones obvias, como es el objeto de la reparación y su probanza previa; y aun cuando refiere que el monto de la reparación debe determinarse con *objetividad y proporcionalidad*, no da ningún criterio o idea para especificar a qué se refiere con ello; pues, no establece en relación a qué concepto o categoría está referida la proporcionalidad (al daño causado, a la culpabilidad, a la capacidad económica del agente o del agraviado, etc.); en consecuencia no aporta ningún criterio útil.

9.1.5. LA OBLIGACIÓN REPARATORIA, ES UNA OBLIGACIÓN DE VALOR

La Corte Suprema de la República, por sentencia del 13 de agosto de 1991, establece que: “... *se debe tener en cuenta que la obligación de indemnizar constituye en realidad una obligación legal de valor y no una de dinero, de manera que lo que se persigue es el efectivo resarcimiento del perjuicio causado, en su real y actual valor, de modo que la suma de dinero que se fije sea in solutione y no in obligatione otorgando al accionante una efectiva reparación y no haciendo al deudor de la indemnización un indirecto beneficiario por la devaluación ...*”⁵⁴¹.

Esta sentencia con toda claridad establece que la prestación indemnizatoria configura siempre una obligación de valor y no una obligación dineraria o nominal, con lo que concordamos plenamente. Por ello que consideramos un error el contenido del artículo 1985° del Código Civil, que establece que el monto de la indemnización devenga intereses desde el momento en que se causó el daño, pues la obligación resarcitoria extracontractual no es nominal sino una obligación de valor.

⁵⁴⁰ ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA: “*Serie de Jurisprudencia*”. No. 1, Editorial e Imprenta DESA S.A., Lima, 1999. p. 175.

⁵⁴¹ COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA: “*Autos y Vistos.....*”. p. 131.

9.1.6. REPARACIÓN CIVIL EXIGUA:

La Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica en el expediente 27-95, estableció una reparación civil a favor de los deudos de cuarenta (40) fallecidos, de mil soles para cada uno⁵⁴².

La determinación de esta suma como reparación por la muerte de una persona, nos parece irrisoria e insignificante, ya que este monto no puede reparar bajo ningún concepto o criterio el daño ocasionado consistente en la extinción de la vida de los agraviados, el mismo que, como se ha visto, tiene un contenido mayormente patrimonial; por lo que no se puede determinar la reparación con criterios subjetivos o arbitrarios, sino que se debe estar a la liquidación de los daños materiales efectivamente ocasionados, y en cuanto al daño moral, valerse del criterio equitativo del juzgador según las circunstancias. Siendo el caso que, aun cuando se puede decir que de nada sirve establecer un monto elevado, si realmente no se va a hacer efectivo, dada la insolvencia económica del obligado, este criterio resulta errado y no es fundamento para la determinación de la reparación civil, que como se ha visto obedece a todos los criterios contenidos en el Código Civil al respecto. Tanto más si se tiene en cuenta que para el caso de accidentes de tránsito como el presente, existen seguros que obligatoriamente deben contratar las empresas transportistas; y si no lo hubieran contratado, deben asumir su responsabilidad con todas sus consecuencias.

9.1.7. DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA REPARACIÓN (Caso: Clímaco Basombrío)

“VIGÉSIMO: Que, la reparación civil, de conformidad con el artículo 93° del Código Penal, comprende la indemnización de los daños y perjuicios, y ésta, a su vez, de conformidad con el artículo 101° del referido cuerpo de leyes, se determina además por las disposiciones correspondientes del Código Civil; por lo que en estricta aplicación de este último, serán objeto de reparación en su integridad, los daños y perjuicios que efectivamente se hubieran

⁵⁴² ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA: “Serie de Jurisprudencia”. pp. 158 a 175.

ocasionado con los hechos delictivos en cuestión, los mismos que deberán ser acreditados debidamente en cuanto a su entidad y magnitud. En el caso de autos, los daños ocasionados y acreditados debidamente, consisten en la extinción de la vida de la agraviada Alexandra Brenes Hague, las graves lesiones ocasionadas a Ida Augusta Merino Alburqueque, las lesiones ocasionadas a Sebastián Brenes Hague y las lesiones leves proferidas a Carlos Antonio Lescano Méndez. VIGÉSIMO PRIMERO: Que, si bien es cierto la magnitud de estos daños queda fuera de toda discusión, al apreciarse debidamente el mérito de las pruebas actuadas en el proceso, la determinación del monto resarcitorio merece la debida fundamentación; en efecto, el daño a la vida, objetivamente es de la mayor magnitud dentro del sistema de jerarquía y valoración de los bienes jurídicos, por lo que debiera merecer el mayor monto indemnizatorio por concepto de reparación civil; sin embargo, no existe una forma de resarcir o indemnizar la pérdida de una vida, pues su extinción es irreversible y no admite una forma de reparación o resarcimiento; salvo que se asumiese una concepción patrimonialista de la vida y se le asignase un valor netamente económico; concepción que desde luego, nuestro sistema jurídico no la asume. En el caso de autos, si bien no existe un bien o un elemento capaz de resarcir el daño moral, ocasionado con los hechos a los familiares o herederos de la víctima, sin embargo, a título de compensación se les debe hacer entrega de una suma de dinero, el cual como fuente general del valor patrimonial operaría como una forma de “consuelo” por el sufrimiento o pesar que el daño moral significa en sí. Siendo el caso que, para la determinación del monto del dinero constitutivo del resarcimiento, el Colegiado no tiene otro criterio que recurrir a la equidad, dado el carácter subjetivo de este tipo de daños y su dificultad de probanza y medición dentro del proceso. Es así que, resulta equitativo amparar el resarcimiento del daño moral o subjetivo ocasionado a los familiares más cercanos de la agraviada Alexandra Brenes Hague, dada la conmoción y

sufrimiento que significó para toda la familia la perpetración de los hechos, sobre todo, si se tiene en cuenta la forma y circunstancias horrendas que rodearon a la realización de los mismos. Además, en la cuantificación del resarcimiento, también deben tomarse en cuenta los gastos de sepelio de la referida agraviada, los mismos que fueron asumidos íntegramente por los familiares titulares del derecho al resarcimiento en el presente caso. VIGÉSIMO SEGUNDO: En el caso de los daños ocasionados a la agraviada Ida Augusta Merino, más allá de los daños morales que significa para la agraviada el deterioro de la salud física y mental, deben tenerse en cuenta los gastos de su tratamiento, desde el momento de los hechos hasta su parcial recuperación al momento de esta sentencia. Pero además, se debe considerar la entidad y magnitud de los daños que en el futuro, a lo largo de toda su vida, sobrellevará esta agraviada, en los mismos que deben apreciarse los gastos de su tratamiento perenne y las retribuciones necesarias para la persona que deberá encargarse de su cuidado y de movilizarla, dado el estado de dependencia en el cual ha quedado, como secuela de los hechos materia de autos. En este sentido el monto del resarcimiento debe ser mayor que el correspondiente a los familiares de la agraviada Brenes Hague, al tomarse en cuenta equitativamente los daños morales, pero sobre todo los daños materiales o patrimoniales que con simples operaciones aritméticas se pueden cuantificar. VIGÉSIMO TERCERO: En el caso de las lesiones ocasionadas a los agraviados Sebastián Brenes y Carlos Lescano, aun cuando no se ha determinado en el proceso, la magnitud de los daños, al haberse comprobado su existencia, corresponde ampararlos prudencialmente por parte del colegiado; debiendo tenerse en cuenta que se trata de lesiones simples y en el caso de Carlos Lescano de lesiones levísimas (...) FALLA: (...) FIJARON: *En setenta mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de los herederos legales de Alexandra Brenes Hague; en la suma de cien mil nuevos soles el monto que deberá abonar el*

condenado a favor de Ida Augusta Merino Alburquerque; en tres mil nuevos soles la suma que por el mismo concepto deberá abonar a favor de Sebastián Brenes Hague; y, quinientos nuevos soles la suma que por reparación civil abonará el sentenciado a favor de Carlos Antonio Lescano Méndez”.

(Lima, 12 de febrero del 2003. Segunda Sala Penal para Reos en Cárcel de Lima. Exp. N° 410-2002. El autor de este trabajo fue ponente y Presidente de la Sala Superior y del Colegiado que emitió la sentencia).

En esta sentencia, a nuestro juicio, se observan en su gran mayoría los criterios adecuados para la determinación de la reparación civil, siguiendo en lo fundamental, todo lo esbozado en el presente trabajo. Lamentablemente, al haber sido la sentencia objeto de Recurso de Nulidad, la Suprema Sala varió los correctos criterios contenidos en la misma para apelar a la consabida ***“lotería forense”*** a la que ya nos tiene acostumbrados nuestras autoridades jurisdiccionales en su gran mayoría. En efecto, modificó la sentencia de la siguiente manera:

“Que, a efectos de fijarse la reparación civil, es necesario tener en cuenta lo establecido por el artículo 93° del Código Penal; que implica la valoración del daño económico y moral –daño emergente y lucro cesante- causado al agraviado o en su defecto a los familiares de la víctima según sea el caso; en este sentido si bien en autos ha quedado plenamente establecido la gravedad de la afectación ocasionado al bien jurídico protegido, que en el caso de autos es la vida; en este sentido el monto de la reparación civil fijada por la Sala Superior no se condice con la realidad, por lo que debe ser incrementada; en consecuencia (...) Declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que fija (...) y Reformándola fijaron en 300,000 mil (...) a favor de los herederos de la agraviada Alexandra Brenes Hague; y en la suma de 400,000 mil nuevos soles (...) a favor de Augusta Merino Alburquerque ...”.

Como se aprecia, la Corte Suprema no da ninguna razón por la que establece el monto indicado, limitándose a describir el contenido del artículo 93° del Código Penal

pero sin referirse en forma específica al caso de autos y menos aún a fundamentar su decisión. En realidad esta sentencia, si existiera la posibilidad de una revisión tendría que ser declarada nula por ausencia de motivación. Inclusive, al hacer la descripción del artículo 93°, confunde categorías, refiriéndose a daño económico y moral, a los que al parecer, los identifica con “daño emergente y lucro cesante”.

(Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 10 de julio del 2003, en el Exp. N° 1249-2003).

9.1.8. CONDICIÓN ECONÓMICA DEL OBLIGADO Y REPARACIÓN CIVIL

“... Respecto a la reparación civil, es de puntualizar que la misma está en función del daño causado, sin que en la concreción de su monto deba advertirse de las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que ésta se orienta a reparar e indemnizar al agraviado por el daño generado por la conducta del responsable”,

R.N. N° 1475 – 2006. CALLAO.

SALA PENAL TRANSITORIA DE LA C. SUPREMA.

13 DE MARZO DEL 2007.

Con este criterio obviamente coincidimos plenamente, tal como ya lo hemos desarrollado a lo largo de todo este trabajo, felicitamos a la Corte Suprema porque al fin ha resuelto conforme a la doctrina más autorizada.

9.1.9. LA REPARACIÓN CIVIL Y CÓDIGO CIVIL:

“La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil, en tal sentido resulta de aplicación al caso el numeral 2001° del citado cuerpo de leyes, dado que teniendo su origen el pago de la reparación civil en una ejecutoria, la prescripción de la ejecución de la misma se daría a los 10 años”.

(Sentencia del 25 de noviembre de 1996. SALA PENAL: R. N. N° 1249-95-B. LA LIBERTAD

Efectivamente, la reparación civil en el proceso penal, se rige además de las normas propias del proceso penal, por las disposiciones pertinentes del Código Civil, y en tal sentido es de aplicación el artículo 2001° del referido Código. Asimismo, debe tenerse en cuenta que de interrumpirse el plazo de prescripción por requerimiento de pago, este plazo será mayor, pudiendo interrumpirse indefinidamente.

9.2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL RESARCIMIENTO

El Tribunal Constitucional en sentencia del 8 de julio del 2002, Exp. N° 1428-2002-HC/TC⁵⁴³, respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil, ha señalando:

“...cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y, en esa sede, se condena a pagar beneficios laborales y, no obstante ello, no se cumple, entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal...”⁵⁴⁴.

Asimismo, en las sentencias de fechas 5 de julio del 2004 y 12 de agosto del mismo año en los expedientes N° 2982-2003-HC/TC 2-2003-HC/TC y N° 2088-1004-HC/TC respectivamente, trata de explicar la naturaleza jurídica de la reparación civil, indicando:

⁵⁴³ Exp. N° 1428-2002-HC/TC, La Libertad. En la Acción de Habeas Hábeas interpuesta a favor de Ángel Alfonso Troncoso Mejía, contra el Juez de procesos en reserva de Trujillo. <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1428-2002-HC.html>.

⁵⁴⁴ Este criterio errado, es reiterado por el Tribunal Constitucional en las sentencias de fechas 5 de julio del 2004 y 12 de agosto del mismo año en los expedientes N°2982-2003-HC/TC 2-2003-HC/TC y N° 2088-1004-HC/TC respectivamente, en las que trata de explicar la naturaleza jurídica de la reparación civil, indicando que la misma se “... afianza en el ámbito penal” y que al respecto se debe privilegiar fundamentalmente “... la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ello subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”. Estos argumentos no nos parecen convincentes, toda vez que no se da fundamento alguno respecto a la consideración de la naturaleza penal de la reparación civil, abundándose solamente respecto al control y regulación de las conductas, lo cual nada dice de la naturaleza de la reparación sino únicamente hace referencia a las características del ordenamiento jurídico en general.

Que la reparación civil se “... afinca en el ámbito penal” y que al respecto se debe privilegiar fundamentalmente “... la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ello subyacen como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”.

En este sentido el Tribunal, se ha pronunciado respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil proveniente del delito. Estos pronunciamientos se han realizado en el marco de sendas acciones de *Habeas Hábeas* interpuestas por condenados a pena privativa de libertad cuya ejecución se suspendió bajo reglas de conducta, entre las cuales se consideró el pago de la reparación civil o reparación del daño, conforme al inciso 4) del artículo 58° del Código Penal, y al no haber cumplido con esta regla se (reparar el daño), luego de los correspondientes requerimientos se procedió a revocar la suspensión de la pena y se dispuso la ejecución de ésta (pena efectiva en vez de suspendida). Ante ello los condenados, considerando que se ha violentado su derecho de libertad al haberse infringido el mandato constitucional que estipula que ***no hay detención por deudas***, procedieron a interponer las acciones de *Habeas Corpus* indicadas. El Tribunal para desestimar estas acciones, procedió a esgrimir los argumentos anotados.

Sin embargo, del análisis de los fundamentos de las resoluciones en cuestión, podemos sostener que los mismos no resultan convincentes. Pues, al respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil, existe en la Ciencia del Derecho gran debate, siendo el pronunciamiento casi unánime que se trata de una obligación privada de contenido particular; y aun cuando existen ciertas opiniones que, basados en la legislación y jurisprudencia alemanas, le atribuyen naturaleza penal, y otras que la consideran como ***una tercera vía*** dentro del ámbito de las consecuencias jurídicas del delito, estas opiniones son minoritarias y los fundamentos que presentan a favor de sus posiciones han sido descartadas por el criterio mayoritario de la doctrina y, sobre todo, por las correspondientes legislaciones.

En todo caso, puede reflexionarse respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil, desde una perspectiva de *lege ferenda*, mas no así desde el marco de la legislación vigente en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos, sobre todo en el

nuestro, en los que se ha establecido con toda claridad que se trata de una obligación privada de contenido patrimonial (artículo 101° del Código Penal). Al parecer el Tribunal estaría manejando criterios que surgían del Código Penal de 1924, los cuales ya han sido variados con el actual Código Penal. Respecto a este punto ya hemos esbozado abundantes criterios en el rubro correspondiente a la naturaleza jurídica de la reparación civil.

Siendo así, ante la orfandad de argumentos de estas decisiones del Tribunal, resulta discutible el efecto vinculante, puesto que dicho carácter vinculante está contenido en la solidez de los argumentos expresados en las decisiones, siendo estos fundamentos los que determinan el criterio a seguir por los demás operadores jurídicos al interpretar las normas, sin embargo, nada de esto se observa en estas decisiones. Consecuentemente, creemos que estas resoluciones no vinculan a los operadores jurídicos, quienes quedan libres para argumentar en sentido contrario en sus respectivas decisiones.

9.3. CONCLUSIONES

1. No existe uniformidad de criterios en la jurisprudencia nacional para determinar la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito; así como tampoco para determinar la existencia del daño, su entidad y su magnitud. Igualmente no existe uniformidad al momento de apreciar los demás elementos de la responsabilidad civil como el hecho dañoso, la relación de causalidad, los factores de atribución de responsabilidad y la reparación del daño (resarcimiento).
2. Existe en los operadores jurídicos, total desconocimiento de las instituciones jurídicas vinculadas a la reparación civil proveniente del delito, y por ello su determinación en las sentencias penales, resulta una suerte de “lotería forense” totalmente arbitraria para la víctima del delito.
3. La Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que la reparación civil proveniente del delito tiene naturaleza privada. Aun cuando en un discutible Acuerdo Plenario con efectos vinculantes, se ha pronunciado considerando que no se debe descartar la reparación civil en los delitos de peligro, con lo que ha

incrementado el grado de confusión de los operadores jurídicos respecto a la naturaleza jurídica de dicha institución.

4. El Tribunal Constitucional, cuyas resoluciones son vinculantes para el resto de los operadores jurídicos, se ha pronunciado por la naturaleza penal de la reparación civil proveniente del delito. Aun cuando no proporciona fundamentos teóricos y contradice la doctrina nacional y extranjera, así como desconoce la normatividad vigente al respecto.

---o0o---

CAPITULO III

DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

1. PROBLEMA

El problema de investigación se formuló en los términos siguientes:

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito, cuáles son los factores de atribución de responsabilidad civil y cuál es la diferencia entre la imputación civil y la imputación penal?

Asimismo, formulamos los siguientes SUBPROBLEMAS:

1.1. ¿Cuáles son las funciones de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal?

1.2. ¿Qué supuestos de hecho causantes de daño están sujetos únicamente a responsabilidad civil, cuáles quedan sujetos sólo a responsabilidad penal y cuándo quedan sujetos a ambos tipos de responsabilidad?

1.3. ¿Cuáles son los criterios fundamentales seguidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de nuestro país, respecto a la reparación civil en relación a la responsabilidad penal?

2. HIPÓTESIS

(H-1): La reparación civil proveniente del delito es de naturaleza privada o particular, descartándose todo intento de atribuirle una función punitiva o naturaleza jurídico penal.

(H-2): Los factores de imputación o atribución de responsabilidad civil son distintos a los de imputación de responsabilidad penal, aun cuando los factores subjetivos coinciden en ambas.

(H-3): La función de la responsabilidad civil es fundamentalmente resarcitoria y sólo excepcional y mediatamente preventiva, en cambio la responsabilidad penal es eminentemente preventiva.

(H-4): Quedan sujetos únicamente a responsabilidad civil los actos dañosos que lesionando un interés particular (que no trasciende la esfera particular del sujeto), no lesionan un interés público de la sociedad. Por el contrario, quedan sujetos sólo a responsabilidad penal los casos en que sin lesionar un interés particular afectan el interés público a través de la creación de un riesgo o una puesta en peligro. Asimismo, quedan sujetos a responsabilidad civil así como a responsabilidad penal las acciones dañosas que afectan ambos tipos de interés.

(H-5): En nuestro país, la orientación jurisprudencial de la Corte Suprema reconoce la naturaleza privada de la reparación civil proveniente del delito. Contrariamente, la tendencia del Tribunal Constitucional le atribuye naturaleza jurídico penal; aun cuando no ha definido los fundamentos o razones de sus decisiones al respecto.

La corrección de cada una de las premisas planteadas como hipótesis se acredita con las conclusiones fundamentadas que se presenta en cada uno de los rubros correspondientes al desarrollo doctrinario de las instituciones comprendidas en la investigación y contenidas en dichas hipótesis. Estos fundamentos están constituidos por argumentos doctrinarios y opiniones mayoritarias de los especialistas (criterio de *auctoritas*), habiéndose expresado detalladamente los correspondientes ‘contra argumentos’ frente a las opiniones que expresan criterios distintos a los contenidos en las referidas conclusiones. Asimismo, dichos argumentos se sustentan en el análisis de la legislación nacional así como extranjera, y se les ha dado consistencia con el análisis de la jurisprudencia existente al respecto.

3. CONCLUSIONES DE LOS ARGUMENTOS DESARROLLADOS PARA CADA HIPÓTESIS

(H-1): La reparación civil proveniente del delito es de naturaleza privada o particular, descartándose todo intento de atribuirle una función punitiva o naturaleza jurídico penal.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro N° 3.6.1.3. cuyas conclusiones son las siguiente:

1. *La reparación civil proveniente del delito surge a consecuencia del daño ocasionado por éste, sin que entre las partes haya existido una vinculación jurídica o relacional previa, y por tanto constituye una especie de responsabilidad civil extracontractual, sujeta a lo dispuesto por el Código Civil y demás normas de contenido privado.*
2. *La responsabilidad civil constituida por la obligación resarcitoria proveniente del delito tiene naturaleza privada al no trascender la esfera particular del agraviado o titular del bien jurídico afectado. En tal virtud es renunciable, objeto de desistimiento y transmisible (mortis causa o inter vivos), a la vez que su pago puede quedar a cargo de un tercero al no tratarse de un obligación personalísima como la obligación de afrontar la pena propia de la responsabilidad penal.*
3. *Las posiciones que atribuyen a la reparación civil naturaleza jurídico penal, parten de una visión totalizadora del Derecho penal que pretende resolver toda la problemática generada por el delito exclusivamente con respuestas penales, sin tener en cuenta que el Derecho penal como parte integrante del control jurídico es sólo una rama a la que se recurre en última ratio.*
4. *Atribuirle a la reparación civil naturaleza jurídico penal, redundaría en contra de los intereses del agraviado, y constituiría un retroceso en la moderna concepción del control penal por el cual se busca reivindicar a la víctima del delito. En efecto, quedaría en duda el recurso al tercero civil;*

asimismo, los principios y garantías propios del control penal (in dubio pro reo, nullum crimen sine lege, aplicación de la ley más favorable, la rigurosidad de la tipicidad, culpabilidad, etc.), dificultarían la concreción de la reparación civil. Al contrario de lo que sucede en el ámbito civil, donde en caso de duda se opta por una solución equitativa (por ejemplo, el artículo 1332° del Código Civil).

5. *Admitir la naturaleza privada del resarcimiento del daño ocasionado por el delito, permite aplicar criterios objetivos de imputación (además de los subjetivos), para determinar debidamente la entidad y magnitud del daño causado, lo que puede tener alta incidencia en el logro de la justa reparación.*
6. *La naturaleza privada de la reparación civil, en nuestro ordenamiento jurídico, está establecido normativamente y admitido por la jurisprudencia, toda vez que el artículo 101° del Código Penal, remite a la aplicación de los criterios del Código Civil, esto es, a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, sin que ello impida la aplicación de los criterios desarrollados en el Libro de Obligaciones en general del Código Civil.*
7. *Los factores o criterios de imputación objetivos desarrollados y aplicados en la responsabilidad civil, tienen como fundamento y función la reparación integral de los daños y por ello cada uno de estos criterios atribuye responsabilidad civil al causante del daño. En cambio los criterios de imputación objetiva en la responsabilidad penal se han desarrollado fundamentalmente para sustraer del ámbito de la responsabilidad penal (tipicidad penal objetiva) a determinadas conductas dañosas. Asimismo, en el ámbito civil, dichos criterios de imputación son determinantes de la responsabilidad civil, a diferencia de los criterios de imputación objetiva en el ámbito penal que únicamente atribuyen el resultado lesivo a la acción típica o en todo caso el tipo penal objetivo, sin que ello implique atribución de responsabilidad penal, la misma que en definitiva dependerá de la determinación de los demás elementos (elementos subjetivos del tipo,*

antijuricidad y culpabilidad) del delito y las necesidades preventivas (merecimiento y necesidad de pena).

8. *Para la determinación de los daños civiles no se requiere que éstos se encuadren rigurosamente en un tipo civil específico, en cambio en el ámbito penal para que el hecho tenga relevancia, debe observarse estrictamente los tipos penales establecidos en virtud a los principios de legalidad y taxatividad.*

(H-2): *Los factores de imputación o atribución de responsabilidad civil son distintos a los de imputación de responsabilidad penal, aun cuando los factores subjetivos coinciden en ambas.*

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro N° 3.5.6. cuyas conclusiones son las siguiente:

1. *Los factores de atribución de responsabilidad civil son subjetivos (culpa y dolo) y objetivos (riesgo creado, solidaridad, garantía y equidad). En casos de responsabilidad de terceros los primeros, dada su mayor intensidad en el reproche, pueden desplazar a los segundos, quedando estos últimos únicamente como criterios de responsabilidad subsidiaria, (los hechos sujetos a estos últimos, inclusive pueden ser lícitos).*
2. *Los factores objetivos de atribución de responsabilidad civil, se han desarrollado para lograr la finalidad y funciones de la responsabilidad civil en casos en que los factores subjetivos no son suficientes, consecuentemente siempre atribuyen responsabilidad civil, a diferencia de la imputación objetiva en el ámbito penal en que los criterios objetivos, se han desarrollado fundamentalmente para sustraer a determinadas conductas de la relevancia penal.*

(H-3): La función de la responsabilidad civil es fundamentalmente resarcitoria y sólo excepcional y mediatamente preventiva, en cambio la responsabilidad penal es eminentemente preventiva.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en los rubros N° 3.3.4. y N° 4.6. cuyas conclusiones son las siguiente:

1. *La responsabilidad penal es **preventiva y punitiva**, a diferencia de la responsabilidad civil que es eminentemente **resarcitoria**.*
2. *Coincidiendo con ZAVALA DE GONZALEZ, GONZALEZ ZAVALA y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, concluimos que en el derecho europeo continental y latinoamericano, no es posible sostener la existencia de los llamados daños punitivos en el marco de la responsabilidad civil.*
3. *Atribuir funciones punitivas a la responsabilidad civil y funciones resarcitorias a la responsabilidad penal, implica desnaturalizar las categorías jurídicas y obscurecerlas restándoles funcionalidad y rendimiento práctico.*
4. *Los supuestos en que en el Derecho europeo continental y latinoamericano se asumen los ‘daños punitivos’ con la finalidad de prevenir las conductas dolosas y graves negligencias de los agentes de los daños, son supuestos fácticos penalmente típicos, por lo que la reacción jurídica queda a cargo del control penal mas no de la responsabilidad civil.*
5. *Las llamada ‘multas civiles’ son casos de verdaderas multas jurídico-penales que cumplen funciones preventivas, como todo tipo de penas, y nada tienen que ver con la responsabilidad civil*
6. *La privación a los agentes de los beneficios ilícitos obtenidos a través de hechos dañosos graves (dolosos o negligentes -graves-) no configura una compensación por ‘daño punitivo’ o ‘multa civil’, sino que configura la consecuencia accesorio del delito llamada **decomiso**.*

7. *Los llamados ‘daños punitivos’ en nuestro sistema jurídico serían inconstitucionales, toda vez que no están normativamente establecidos, ampararlos infringiría el principio de legalidad.*
8. *Los llamados ‘daños morales’, no constituyen ‘daños punitivos’. Constituyen una especie de ‘satisfacción’ a favor de la víctima, la misma que forma parte del resarcimiento o indemnización como criterio general.*
9. *Los ‘daños punitivos’ de la órbita del Common Law, no tienen cabida en nuestro sistema jurídico; sobre todo si se tiene en cuenta que están siendo cuestionados en su propio ámbito natural (el Common Law).*
10. *Sólo luego de la atribución válida de responsabilidad penal al agente de la afectación del bien jurídico, se legitima la reacción jurídico penal constituida por la pena y la medida de seguridad.*
11. *En general la responsabilidad penal es la carga legal que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, consistente en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho. Responsable, a su vez, es la persona que por haber ejecutado el hecho punible en circunstancias que no lo exoneran de cargar con las consecuencias jurídicas del mismo, está obligado a soportarlas, sufrirlas o llevarlas sobre sí. Responsable es la persona como tal, responsabilidad la situación jurídica que se le hace asumir por virtud de la sentencia condenatoria.*
12. *Específicamente en la teoría del delito, conforme a los criterios esbozados por ROXIN y compartidos por SCHÜNEMANN, se atribuye la responsabilidad penal al agente del injusto, si es que además de verificar la presencia de la culpabilidad se acredita la necesidad preventiva de pena. Ello significa que no es suficiente la culpabilidad para atribuir responsabilidad penal al agente y legitimar la punición.*
13. *Los criterios objetivos de imputación en la responsabilidad penal funcionan normalmente para extraer del ámbito de la responsabilidad penal al agente,*

a diferencia de los criterios objetivos de imputación en el ámbito civil que operan para atribuir responsabilidad civil.

14. *Para atribuir responsabilidad penal y legitimar la punibilidad se requiere de un **sujeto idóneo**, con capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, a diferencia de la responsabilidad civil en que puede tratarse de cualquier sujeto, inclusive de uno sin discernimiento.*

(H-4): *Quedan sujetos únicamente a responsabilidad civil los actos dañosos que lesionando un interés particular (que no trasciende la esfera particular del sujeto), no lesionan un interés público de la sociedad. Por el contrario, quedan sujetos sólo a responsabilidad penal los casos en que sin lesionar un interés particular afectan el interés público a través de la creación de un riesgo o una puesta en peligro. Asimismo, quedan sujetos a responsabilidad civil así como a responsabilidad penal las acciones dañosas que afectan ambos tipos de interés.*

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en los rubros N° 5.5., 6.4. y 7.3. cuyas conclusiones son las siguiente:

1. *Existen ciertos supuestos dolosos de responsabilidad civil contractual, que rebasan el ámbito propiamente civil y configuran, además, casos de responsabilidad penal. Estos son ciertos supuestos de estafas, fraudes en la administración de personas jurídicas, defraudaciones, libramientos indebidos, atentados contra el sistema crediticio, etc.*
2. *La mayoría de los casos de responsabilidad extracontractual dolosa, así como ciertos supuestos culposos o imprudentes determinados por la ley penal, constituyen ilícitos penales (delito o faltas).*

3. *No todos los casos de responsabilidad civil, a la vez constituyen delitos; así en la responsabilidad civil contractual sólo algunos supuestos excepcionales configuran delito; en la extracontractual, si bien son delitos casi la totalidad de los supuestos dolosos, gran parte de los casos imprudentes o culposos no lo son.*
4. *Los casos de responsabilidad civil contractual excepcionales que constituyen delito, están referidos a ciertos casos de simulaciones, fraudes, quiebras, libramientos indebidos y ciertos manejos fraudulentos de las personas jurídicas.*
5. *Todos los demás supuestos de responsabilidad contractual se agotan en el ámbito civil, aun cuando sean dolosos o concurra culpa grave o inexcusable. Los casos del incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales; la actuación dolosa en la formación de la voluntad para celebrar un acto jurídico; la simulación absoluta o relativa que afecta a terceros; el fraude de acreedores; o el abuso del derecho; constituyen únicamente afectaciones de intereses particulares sujetas a responsabilidad civil que no trascienden hacia el ámbito de la responsabilidad penal.*
6. *Estando a que el delito es entendido como conducta típica, antijurídica y culpable, o como injusto y responsabilidad penal, en varios supuestos dolosos no se verifican estos presupuestos o niveles de análisis, y por tanto, no se configura el injusto o la responsabilidad penal.*
7. *Acreditada la responsabilidad penal, además se debe justificar la punibilidad, en los casos que ésta no se justifique no sobrevendrá la pena, aún cuando estemos frente a un delito en el caso concreto. Estos son los supuestos de ausencia de punibilidad, constituidos por los supuestos de excusas absolutorias, condiciones objetiva de punibilidad y supuestos de exención de pena (artículo 68° del CP y ciertos supuestos de derecho premial).*

8. *Existen casos en que se condiciona la ejecución de la pena o la secuela procesal a ciertas reglas dispuestas por el Juez, de no cumplirse dichas reglas recién se ejecuta o impone la pena o continúa la secuela procesal. Tales son los casos de suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio y el principio de oportunidad.*
9. *Los daños culposos que además constituyen delito, son las afectaciones a la vida (art. 111°, 115° y 116° del CP), la integridad o salud física o mental (arts. 122°, 122°-A, 123° y 124° CP), la seguridad pública a través de incendio, el sistema crediticio (art. 210° CP), explosión o cualquier otro estrago (art. 278° CP), el medio ambiente (art. 304° CP) y el patrimonio público del Estado (art. 387°CP); los demás casos sólo quedan sujetos a la responsabilidad civil.*
10. *Existe un amplio sector de daños sujetos únicamente a responsabilidad civil; como los daños en los que no concurre dolo o culpa (imprudencia) en su materialización; en los que el factor de atribución de responsabilidad civil en estos casos es **objetivo**. Tales son los casos de responsabilidad por actividades riesgosas (salvo casos en que se afecte bienes como la vida, la integridad física o mental, el medio ambiente, etc.), de responsabilidad por bienes riesgosos o peligrosos, responsabilidad del tercero civil (empleador, del asegurador, de los representantes de incapaces, del propietario de bienes riesgosos, de los miembros de un órgano colegiado de una persona jurídica, etc.).*
11. *Existen supuestos delictivos en que se consuma el delito, y sin embargo, no se causa una lesión o daño concreto al bien jurídico y por tanto, a pesar de haberse acreditado la comisión de un delito y la responsabilidad penal, dichos casos no entrañan responsabilidad civil. Estos son los delitos de peligro. Sobre todo los delitos llamados de peligro abstracto.*
12. *En ciertos casos de delitos de peligro, pueden presentarse daños indemnizables, pero no porque el delito exija la producción de algún resultado lesivo para su consumación, sino porque se han añadido estos*

daños al delito, por lo que al evaluarse el hecho delictivo también se evaluará la responsabilidad civil por dichos daños adicionales al delito. Ello no sucederá sin embargo, en los delitos de peligro abstracto.

13. *En los casos de delitos en grado de tentativa, igualmente en muchos casos no se habrá concretado el daño, y por tanto, el hecho no quedará sujeto a responsabilidad civil. Sin embargo, en otros casos, pueden haberse concretado ciertos daños que exijan reparación, y por tanto quedan sujetos a responsabilidad civil.*

(H-5): *En nuestro país, la orientación jurisprudencial de la Corte Suprema reconoce la naturaleza privada de la reparación civil proveniente del delito. Contrariamente, la tendencia del Tribunal Constitucional le atribuye naturaleza jurídico penal; aun cuando no ha definido los fundamentos o razones de sus decisiones al respecto.*

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro N° 9.3 cuyas conclusiones son las siguiente:

1. *No existe uniformidad de criterios en la jurisprudencia nacional para determinar la naturaleza jurídica de la reparación civil proveniente del delito; así como tampoco para determinar la existencia del daño, su entidad y su magnitud. Igualmente no existe uniformidad al momento de apreciar los demás elementos de la responsabilidad civil como el hecho dañoso, la relación de causalidad, los factores de atribución de responsabilidad y la reparación del daño (resarcimiento).*
2. *Existe en los operadores jurídicos, total desconocimiento de las instituciones jurídicas vinculadas a la reparación civil proveniente del delito, y por ello la determinación de ésta en las sentencias penales, resulta una suerte de “lotería forense” totalmente arbitraria para la víctima del delito.*

3. *La Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que la reparación civil proveniente del delito tiene naturaleza privada. Aun cuando en un Acuerdo Plenario con efectos vinculantes discutible, se ha pronunciado por la responsabilidad civil en los delitos de peligro, con lo que genera confusión respecto a la naturaleza de la reparación.*
4. *El Tribunal Constitucional, cuyas resoluciones son vinculantes para el resto de los operadores jurídicos, se ha pronunciado por la naturaleza penal de la reparación civil proveniente del delito. Aun cuando no proporciona fundamentos teóricos y contradice la doctrina nacional y extranjera, así como desconoce la normatividad vigente al respecto.*

DE ESTE MODO QUEDA PROBADO CON SUFICIENTES ARGUMENTOS LA NATURALEZA PRIVADA O PARTICULAR DE LA REPARACIÓN PROVENIENTE DEL DELITO, DESCARTÁNDOSE TODO INTENTO DE ATRIBUIRLE UNA FUNCIÓN PUNITIVA O NATURALEZA JURÍDICO PENAL. ASIMISMO, QUE LOS FACTORES DE IMPUTACIÓN O ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL SON DISTINTOS A LOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL Y QUE LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ES FUNDAMENTALMENTE RESARCITORIA Y DE LA RESPONSABILIDAD PENAL ES PREVENTIVA.

DE OTRO LADO, QUE EXISTEN ALGUNOS SUPUESTOS DAÑOSOS SUJETOS A RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL Y OTROS QUE QUEDAN SUJETOS ÚNICAMENTE A UNO DE ESTOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD.

Y FINALMENTE QUEDA DETERMINADA LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA Y DEL TRIBUNAL.

CON ELLO, NUESTRAS HIPÓTESIS FORMULADAS AL COMIENZO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN COMO RESPUESTAS PROVISIONALES A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS, SE CONVIERTEN EN VERDADERES TESIS RESPECTO AL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.

CONCLUSIONES FINALES

- PRIMERA.-** La reparación civil proveniente del delito es de naturaleza privada o particular, descartándose todo intento de atribuirle una función punitiva o naturaleza jurídico penal.
- SEGUNDA.-** Los factores de imputación o atribución de responsabilidad civil son distintos a los de imputación de responsabilidad penal, aun cuando los factores subjetivos coinciden en ambas.
- TERCERA.-** La función de la responsabilidad civil es fundamentalmente resarcitoria y sólo excepcional y mediatamente preventiva, en cambio la responsabilidad penal es eminentemente preventiva.
- CUARTA.-** Quedan sujetos únicamente a responsabilidad civil los actos dañosos que lesionando un interés particular (que no trasciende la esfera particular del sujeto), no lesionan un interés público de la sociedad. Por el contrario, quedan sujetos sólo a responsabilidad penal los casos en que sin lesionar un interés particular afectan el interés público a través de la creación de un riesgo o una puesta en peligro. Asimismo, quedan sujetos a responsabilidad civil así como a responsabilidad penal las acciones dañosas que afectan ambos tipos de interés.
- QUINTA.-** En nuestro país, la orientación jurisprudencial de la Corte Suprema reconoce la naturaleza privada de la reparación civil proveniente del delito. Contrariamente, la tendencia del Tribunal Constitucional le atribuye naturaleza jurídico penal; aun cuando no ha definido los fundamentos o razones de sus decisiones al respecto.
- SEXTA.-** Las tendencias totalizadoras unilaterales en vez de delinear el rendimiento práctico de las instituciones, confunden al operador jurídico, con el subsecuente entorpecimiento de la resolución de los conflictos sociales.
- SÉTIMA.-** Finalmente, además de los argumentos esgrimidos en torno a la naturaleza privada de la responsabilidad civil en el proceso penal,

determinados fundamentalmente por su finalidad reparadora del daño, abonan a favor de tal conclusión, el hecho que la responsabilidad civil no es personalísima por lo que el obligado a la reparación puede ser un tercero, a diferencia de la responsabilidad penal; el criterio de carácter formal establecido por el artículo 101° del Código Penal, que remite el tratamiento y regulación de la reparación civil a las disposiciones correspondientes del Código Civil; el hecho que la pretensión resarcitoria sea transigible y objeto de desistimiento dentro del proceso penal, con lo que se reconoce la titularidad exclusiva al sujeto pasivo del daño; la transmisibilidad hereditaria de la obligación, tanto respecto a los herederos del agente del daño así como del agraviado; el hecho que la atribución de la obligación resarcitoria, puede obedecer a criterios objetivos, al contrario de la atribución de consecuencias de naturaleza penal, que únicamente tienen que sustentarse en criterios subjetivos (atribución de dolo o culpa); asimismo, no en todos los delitos opera la reparación civil ni en todos los casos en que se dispone la obligación reparatoria nos encontramos frente a un delito; la mensura de las consecuencias jurídico-penales se sustentan en la medida de la culpabilidad, la cual no opera para la responsabilidad civil, la que se sustenta en la entidad y magnitud del daño.

OCTAVA.- En la responsabilidad penal los criterios de imputación objetiva se han elaborado especialmente para sustraer a determinadas conductas del ámbito de la responsabilidad penal, en cambio en el ámbito civil los criterios de imputación objetiva se han elaborado para atribuir responsabilidad civil y de este modo lograr la reparación del daño.

NOVENA.- Por los criterios o factores de imputación objetivos se atribuye al causante responsabilidad civil, es decir la obligación de reparar. En cambio con los criterios de imputación objetiva en el ámbito penal únicamente se atribuye el tipo objetivo, con los factores subjetivos, igualmente, únicamente se imputa el tipo subjetivo, quedando pendiente la atribución de responsabilidad penal así como la punibilidad.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Si se quiere realmente proteger a la víctima del delito, debe optarse categóricamente por atribuir naturaleza civil a la reparación, de tal modo que todas las facultades y derechos de la responsabilidad civil puedan hacerse valer a su favor; evitándose el *in dubio pro reo*, *nullum crimen sine lege*, la aplicación de la ley más favorable, la rigurosidad de la tipicidad, la culpabilidad, etc.; que dificultan la concreción de la reparación civil.

SEGUNDA.- No se debe entremezclar el contenido y funciones de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal enturbiando su naturaleza jurídica y su funcionalidad dentro del sistema, por el contrario se debe conservar la pureza de su esencia y funciones a fin de lograr su mayor rendimiento práctico, teniendo en cuenta que en definitiva ambos tipos de responsabilidad confluyen a la resolución de los conflictos creados por el delito, al integrar el mismo ordenamiento jurídico vigente.

TERCERA.- Al elaborarse los conceptos y contenido de las instituciones jurídicas, en este caso, de las consecuencias jurídico – penales y de la reparación del daño generado por el delito, no debe perderse de vista el contenido de las normas vigentes, de lo contrario se elaborará una doctrina incapaz de orientar la actuación de los operadores jurídicos, resultando inútil, como sucedió en su momento con la llamada jurisprudencia de conceptos.

CUARTA.- Se debe implementar programas o cursos de capacitación de los operadores del proceso penal y abogados en general, a fin de que cambien sus concepciones tradicionales respecto a la reparación civil, y se pueda abogar por una justa y oportuna reparación de los daños ocasionados por el delito.

QUINTA.- Dada la precaria condición económica del agente directo del daño, en los casos pertinentes, se debe comprender en el proceso penal al tercero civil como garante de la obligación resarcitoria del primero. No requiriendo

para este efecto atribuir actuación dolosa o culposa a éste, toda vez que su responsabilidad civil se fundamenta en el factor objetivo de atribución de responsabilidad “garantía de reparación” y no en el dolo o la culpa.

PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

PRIMERA.- Se debe modificar los correspondientes artículos del Código Procesal Penal, a fin de incluir dentro de su articulado, una norma que establezca que quien pretenda una reparación civil por daños provenientes de una conducta delictiva, necesariamente tendrá que constituirse en actor civil dentro del proceso penal.

SEGUNDA.- Se debe implementar dentro del Código Penal, una norma que otorgue prerrogativas favorables al agente del delito en los casos en que hubiera reparado debidamente el daño ocasionado con el delito. Como puede ser la determinación del *cuantun* de la pena por debajo del mínimo legal, la conversión de la pena, la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio.

TERCERA.- Debe incluirse en el Código Procesal Penal la obligación de parte del Fiscal o del Juzgador, en su caso, de la aplicación del principio de oportunidad para determinados delitos, evitando de este modo el efecto negativo de la pena en el procesado y propiciando la reparación de los daños ocasionados por el delito.

----o0o----

BIBLIOGRAFÍA

(Sobre la materia de investigación)

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: ***“A Manera de Presentación. Nociones Preliminares”***. En el Libro: La imputación Objetiva en el Derecho Penal, de Claus Roxin, Traducido por Abanto Vásquez. Idemsa, Lima, 1997.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: ***“Derecho Penal Económico”***. Idemsa, Lima, 1997.
- ABUTER CAMPOS, Alejandro: ***“La Acción Resarcitoria en el Proceso Penal”***. Rubinzal y Culsoni, Santa Fe, Argentina, 1985.
- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA: ***“Derecho Civil y Procesal Civil”***. Módulo 4, Programa de Formación de Aspirantes, Lima, 1997.
- ACEVEDO PRADA, Luis Alonso; ACEVEDO PRADA, Martha Isabel: ***“La Prescripción y los Procesos Declarativos de Pertenencia”***. Temis, Bogotá, 1999.
- ACHAVAL, Alfredo: ***“Responsabilidad Civil del Médico”***. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- ACOSTA RAMÍREZ, V.: ***“De la Responsabilidad Civil del Médico”***. Edit. Jurídica, Santiago de Chile, 1990.
- ACUÑA ANZORENA, Jorge: ***“Responsabilidad Civil”***. Ed. Platense, La Plata-Argentina, 1963.
- ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: ***“La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales”***. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ALBALADEJO, Manuel: ***“Derecho Civil”***. De. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1987.
- ALTAVILLA, Enrico: ***“La Culpa”***. Temis, Bogotá, 1987.
- ALTERINI, Atilio A.: ***“Responsabilidad Civil”***. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- ALTERINI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, Roberto M.: ***“Temas de Responsabilidad Civil”***. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- ALTERINI, Atilio A.: ***“Límites de la Responsabilidad Civil”***. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.
- ALTERINI, Atilio A.: ***“Incidencia del mero hecho en la ruptura de la Relación Causal”***. Rev. Themis No. 33, Lima, 1996.
- ALTERINI, Atilio A.: ***“Responsabilidad Objetiva derivada de la generación de confianza”***. Rev. Themis No. 27-28, Lima, 1994.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral: ***“Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español”***. Bosch, Barcelona, 1991.
- ARBULÚ COLLAZOS, David Edgar: ***“Responsabilidad del Estado por su Función Jurisdiccional”***. En Revista Jurídica del Perú. Año XLIV, No. 61, Abril 1992 - diciembre 1994.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso y MUÑOZ CUESTA, Javier: ***“Ley de Enjuiciamiento Criminal”***. Aranzadi, Pamplona, 1994.
- AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis; AVENDAÑO JIMÉNEZ, Juan Luis: ***“Artículo 173 de la Ley General de Sociedades: ¿responsabilidad civil o penal de los directores de sociedades anónimas”***. Rev. Ius et Veritas No. 11, Lima, 1995.
- BACIGALUPO, Silvina: ***“La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”***. Bosch, Barcelona, 1998.
- BACIGALUPO, Enrique: ***“Curso de Derecho Penal Económico”***. Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- BARBERO, Omar: ***“Daños y Perjuicios derivados del Divorcio”***. Astrea, Buenos Aires, 1987.
- BELUCCIO, Augusto César: ***“Responsabilidad Civil”***. Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
- BERTONI, Eduardo Andrés: ***“De los Delitos y de las Víctimas”***. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- BONER, ESTEVA, Margarita: ***“La Víctima del Delito”***. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- BORDA, Guillermo: ***“Fundamentos de la Responsabilidad”***. En: Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello. Ed. Platense, La Plata, 1981.
- BORREL MACIA, Antonio: ***“Responsabilidad Civil de los Médicos”***. Depalma, Buenos Aires, 1979.
- BOTTKE, Wilfried: ***“La actual discusión sobre las finalidades de la pena”***. Trad. Guillermo Benlloch Petit. En: Política Criminal y nuevo Derecho penal. L.H. a Roxin, Editor J.M Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 1997.
- BOVINO, Alberto: ***“La Víctima como preocupación del Abolicionismo Penal”***. En: De los delitos y de las Víctimas. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- BUERES, Alberto J.: ***“Responsabilidad Contractual Objetiva”***. Rev. Themis No. 27-28, Lima, 1994.
- BUERES, Alberto J.: ***“Derecho de Daños”***. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- BULLARD GONZALES, Alfredo: ***“La Relación Jurídica Patrimonial”***. Ara Editores, Lima, 1991.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: ***“Responsabilidad Civil y subdesarrollo”***. En: Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1997.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: ***“¡Lo que no mata engorda! “Productos Basura” y los prejuicios y perjuicios de la protección al consumidor en un país pobre”***. Ius et Veritas, No. 12, Lima, 1996.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *“Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*. La Ley, Buenos Aires, 1994 – D.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *“Teoría General de la Responsabilidad Civil”*. Novena edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *“Teoría General de la Responsabilidad Civil”*. Sexta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- BUSTAMANTE LEDESMA, Alvaro: *“La Responsabilidad Extracontractual del Estado”*. Leyer, Bogotá 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *“Introducción al Derecho Penal”*. Temis, Bogotá, 1986.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *“Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico”*. En Rev. De Ciencias Penales No. 1, Grijley, Lima, 1993.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *“Manual de Derecho Penal. Parte Especial”*. Ariel, Barcelona, 1991.
- CABALLERO HOSPINA, José: *“Responsabilidad Civil”*. U., Javeriana, Bogotá, 1964.
- CAFFERATA NORES, José: *“El Querellante en los delitos de Acción Pública y la Constitución Nacional”*. En Rev. del Colegio de Abogados de La Plata No. 44. Pp. 165, La Plata, 1983.
- CALABRESI, Guido: *“Acerca de la Causalidad y la Responsabilidad Extracontractual: Un ensayo de homenaje a Harry Kalven JR”*. Rev. Themis, No. 33, Lima, 1996.
- CALABRESI, Guido: *“Los seguros de primera persona, de tercera persona y la responsabilidad por productos: ¿Puede el Análisis económico del Derecho decirnos algo al respecto”*. Rev. Ius et Veritas No. 4, 1992.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas: *“Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad”*. Rev. Themis No. 21, Lima, 1992.
- CALABRESI, Guido: *“El sin sentido de Pareto: Llevando a Couse más lejos”*. Rev. Ius et Veritas No. 14, Lima, 1997.
- CALABRESI, Guido: *“Acerca de la Causalidad y la Responsabilidad Extracontractual: un ensayo de homenaje a Harry Kalven JR”*. Rev. Themis, No. 33, Lima, 1996.
- CALABRESI, Guido: *“La Responsabilidad Extracontractual: El derecho de una Sociedad Mixta”*. Rev. Themis No. 23, Lima, 1992.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: *“Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal”*. Bosch, Barcelona, 1998.
- CARO CORIA, Carlos: *Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs*. En Temis N° 35, Revista de Derecho, Lima, 1997, p. 125.
- CASIELLO, Juan José: *Atipicidad del Ilícito Civil*. En: Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Libro Homenaje a Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *“Hacia un Nuevo Derecho Civil”*. Rev. De D. Privado, Madrid, 1927.
- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia: *“El Conocimiento Informado del Paciente en la Responsabilidad Médica”*. Temis, Bogotá, 1997.
- CASTRO de R., María P: *“Responsabilidad por Transmisión de enfermedades”*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 1995.
- CATALÁ COMAS, Chantal: *“Ejecución de condenas de Hacer y no Hacer”*. JM. Bosch, Barcelona, 1998.
- CAVANILLAS MUGICA, Santiago: *“La Transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia”*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1987.
- CEREZO MIR, José: *“El Concepto Material de Culpabilidad”*. En Revista Peruana de Ciencias Penales, No. 6, año III, GC. Ediciones, Lima, 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, José A.: *“Deber de Cuidado y Delito Imprudente”*. Bosch, Barcelona, 1998.
- CODERECH, Salvador: *Punitive damages*. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 4, Madrid.
- CONCEPCIÓN R., José Luis: *“Derecho de Daños”*. Bosch, Barcelona, 1987.
- COOTER, Robert A.; ULEN, Thomas: *“Derecho y Economía”*. Fondo de C. Económica, México, 1998.
- CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA DEL PERÚ: *“III Pleno Jurisdiccional Penal”*. Iquitos, noviembre de 1999.
- CRHISTIE, Nils: *“Los Conflictos como pertenencia”*. En: De los Delitos y de las Víctimas. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- CUADRADO RUIZ, M. Ángeles: *“La Responsabilidad por Omisión de los Deberes del Empresario”*. Bosch, Barcelona, 1998.
- CUELLO CONTRERA, Joaquín: *“Culpabilidad e Imprudencia”*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor: *“El Proceso Penal. Teoría y Práctica”*. Palestra Editores, Segunda Ed. Lima, 1998.
- CURY URZUA, E.: *“Derecho Penal”*. Ediciones Jurídicas, Santiago de Chile, 1985.
- DANOS ORDÓÑEZ, J.: *“Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública”*. En

- Rev. Jus Et Veritas. No.: 10, año V, Lima, 1995.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *"Algunas Previsiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil"*. Civitas, Madrid, 1995.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *"La Responsabilidad Civil"*. 2da. Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *"Responsabilidad Civil por Actos Médicos. Problemas de Prueba"*. Civitas, Madrid, 1999.
- DE CUPIS, Adriano: *"El daño. Teoría General de la responsabilidad civil"*. Bosch (Barcelona), Imprenta universitaria de Bogotá, 1996
- DE VICENTE REMENSAL, Javier: *"Consentimiento y Acuerdo: ¿Causa de Exclusión de la Tipicidad o de la Antijuricidad?"*. En: Cuestiones Actuales de la Teoría del Delito. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- DEL LAMO RUBIO, Jaime: *"El Código Penal de 1995 y su Ejecución"*. Bosch, Barcelona, 1997.
- DE RIVACOBIA y RIVACOBIA, Manuel: *"Hacia una Concepción de la Pena"*. Grijley, Lima, 1995.
- DELLA CROCE, Roberto: *"Reflexiones sobre el Ejercicio de la Acción Civil en Sede Penal"*. En Rev. de Jurisprudencia Argentina. XIV, Sec. Doctoral, Julio-agosto. pg. 22, Buenos Aires, 1963.
- DE LOS MOZOS, José Luis; SOTO COAHUILA, Carlos A.: *"Responsabilidad Civil. Derecho de Daños"*. Grijley, Lima, 2006.
- DEVOTO, Eleonora A.: *"Probatione. Institutos Análogos"*. DIN Editora, Buenos Aires 1995.
- DIEZ PICAZO, Luis: *"Derecho de Daños"*. Civitas, Madrid, 1999.
- ESER, Alvin: *"Temas de Derecho Penal y Procesal Penal"*. Idemsa, Lima, 1998.
- ESER, Alvin: *"De los Delitos y de las Víctimas"* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *"Sobre la necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la Reparación del Daño Subjetivo"*. En Revista Jurídica del Perú. Año XLIV. No. 61. Abril de 1992 - diciembre 1994.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio: *"Código de Procedimiento Penal Italiano"*. Temis, Bogotá, 1991.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *"La Imprudencia en el Código Penal de 1995"*. En: Cuadernos de Política Criminal No. 62, Edersa, Madrid, 1997.
- FALLA JARA, Alejandro: *"La Duración de los Procedimientos Indemnizatorios"*. Rev. Ius et Veritas No. 4, Lima, 1992.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: *"Los Supuestos Dogmáticos de la Responsabilidad Contractual: La división del Sistema y la Previsibilidad"*. En: Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: *"Derecho Penal Fundamental"*. Temis, Bogotá, 1998.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: *"Conceptos Límites del Derecho Penal"*. 2da. Ed., Temis, Bogotá, 1994.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *"El Daño a la Persona"*. En Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cusco, Lima, 1985.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *"El Daño al Proyecto de Vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. Rev. Themis, No. 39, Lima, 1999.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *"Algunas Reflexiones sobre: La antijuricidad del delito y las penas privativa de la libertad"*. Rev. Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses No. 4, Año II. Lima, 1995.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *"Apuntes para la distinción entre el Daño al "Proyecto de Vida" y el "Daño Psíquico"*. Rev. Themis No. 32, Lima, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi: *"Derecho y Razón"*. Trota, Madrid, 1998.
- FISCHER, Hans: *"Los Daños Civiles y su Reparación"* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928.
- FLETCHER, George P.: *"Conceptos Básicos de Derecho Penal"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FONTAN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. I., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- FONT SERRA, Eduardo: *"Reflexiones sobre la Responsabilidad Civil en el Proceso Penal"*. En Rev. de Cataluña No. 4, 1981, p. 939, Barcelona, 1988
- GACETA JURÍDICA: *"Diálogo con la Jurisprudencia"*. Año I, No. 1, Lima, 1995.
- GACETA JURÍDICA: *"Diálogo con la Jurisprudencia"*. Año II No. 2, Lima, 1995.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ Susana Ivonne: *"Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal"*. Jurista editores, Lima, 2007.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walter Javier: *"Nulidad de la Transferencia de bienes del agente del delito con fines de frustrar el pago de la reparación civil"*. Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, Tomo 156, Lima, noviembre 2006.

- GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino: *“Tercero Civil en el Proceso Penal- Breve análisis de la sentencia recaída en el caso Crousillat”* En Diálogo con la jurisprudencia, Número 96, Gaceta Jurídica, Lima, Setiembre de 2006, pp. 47-63.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“La Reparación Civil en el Proceso Penal”*. Segunda edición, Idemsa Lima, 2005.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“La Reparación Civil en el Proceso Penal”*. Idemsa, Segunda Edición, Lima, 2005.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“Delito de Lavado de Activos”*. Grijley, Lima, 2004.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“Delito de Enriquecimiento Ilícito”*. Idemsa, Lima, 2001.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“El Tercero Civil y el Asegurador en el Proceso Penal”*. En: Revista de Peruana de Ciencias Penales, No. 9, Lima, 2000.
- GANZEN MÜLLER, C.; ESCUDERO, J. ; FRIGOLA, J.: *“Delitos contra la Seguridad del Tráfico”*. Bosch, Barcelona, 1997.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: *“Instituciones del Derecho Civil”*. Rev. de Derecho Privado, 2da. Edición, Madrid, 1979.
- GARCÍA PONS, Enrique: *“Responsabilidad del Estado. La Justicia y sus Límites Temporales”*. J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *“La Responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación”*. J.M. Bosch, Barcelona, 1999.
- GARRETA SUCH, José María: *“La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de los Administradores de las Sociedades”*. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio: *“Algunos Aspectos Civiles dentro del Proceso Penal”*. Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GHERSI, Carlos A. : *“Accidentes de Tránsito, Derecho y Reparación del Daño”*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1996.
- GUERSI, Carlos A.: *“Cuantificación Económica del Daño”*. Astrea, Buenos Aires, 1999.
- GHERSI, Carlos A.: *“Daño Moral y psicológico”*. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín: *“Derecho Procesal Penal”*. Colex, madrid, 1997.
- GIOVAGNOLI, Fabio: *“I punitive damages nell’esperienza statunitense: l’applicazione estensiva dell’istituto alle ipotesi di breach of contracts e product’s liability”*. Publicado en internet: http://www.tidona.com/publicazioni/luglio02_2.htm.
- GOLDEMBERG, Isidro H.: *“La Relación de Causalidad en la Responsabilidad”*. Astrea, Buenos Aires 1984.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *“Tratamientos Médicos. Su Responsabilidad Penal y Civil”*. Bosch, Barcelona, 1997.
- GÓMES ORBANEJA, O.: *“La Acción Civil del Delito”*. En Rev. de Derecho Privado. T. XXXIII. p. 185, Madrid 1949.
- GÓMEZ PRADA, Agustín: *“La Acción Civil en el Proceso Penal”*. En Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia No. 1, Nov. Pg. 25. Bogotá, 1950.
- GONZALES DE ZAVALA, Matilde: *“El Daño a la Persona”*. Hammurabi, Buenos Aires, 1990.
- GONZALES DE ZAVALA, Matilde: *“La Responsabilidad del Principal por el Hecho del Dependiente”*. Depalma, Buenos Aires 1980.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *“Fundamentos de dogmática penal”*. Idemsa, Lima, 2005.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *“Estudios de Derecho Penal”*. Idemsa, Lima, 2004.
- GRACIA MARTÍN, L. (Coordinador); BOLDOVA PASAMAR, M. A.; ALASTUEY DOBÓN, M.C.: *“Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal”*. Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- GÜNTHER, Heine: *“La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Internacional y consecuencias Nacionales”*. Anuario de Derecho Penal 96, Lima, 1996.
- HASSEMER, W.: *“Crítica al Derecho Penal de Hoy”*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.
- HERNÁNDEZ, Oscar: *“Inflación y Revaluación en la Obligación Dineraria”*. P. U. Javeriana, Bogotá, 1987.
- JESCHECK, Has Heinrich y WEIGEND, Thomas: *“Tratado de Derecho penal. Parte general”*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete de la quinta edición, Buenos Aires, 2002.
- HIRSCH, Hans J.: *“De los Delitos y de las Víctimas”*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán: *“Bien jurídico y estado social y democrático de derecho”*. Idemsa Lima, 2005.
- HUERTAS MARTÍN, M. Isabel: *“El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como Objeto de Prueba”*. Bosch, Barcelona, 1999.

- HURTADO POZO, José: *“Manual de Derecho Penal”*. Grijley, Lima, 2005.
- JAKOBS, Günther: *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Imputación”*. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther: *“La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”*. Traducción de Cancio Meliá, Grijley, Lima, 2001.
- JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel: *“El Sistema Funcionalista del Derecho Penal”*. Grijley, Lima, 2000.
- JAKOBS, Günther: *“Bases para una teoría Funcional del Derecho Penal”*. Palestra, Lima, 2000.
- JEREZ DELGADO, Carmen: *“Los Actos Jurídicos Objetivamente Fraudulentos”*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- JESCHECK, Hans Heinrich: *“Tratado de Derecho Penal”*. Bosch, Barcelona, 1981.
- KAMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *“Daños Causados por los dependientes”*. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried: *“El Pensamiento Jurídico Contemporáneo”*. Debate, Madrid, 1992.
- KENEFICK: *The constitutionality of punitive damages under the excessive fines clause of the Eight Amendment*. Michigan Law Review, 1987, Jun., Vol., 85, N° 7
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *“La moderna Victimología”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- LARENZ, Karl: *“Derecho Civil. Obligaciones”*. T.I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.
- LARRAURI, Elena: *“Victimología”* En: De los Delitos y de las Víctimas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- LEÓN BARANDIARÁN, José: *“Curso Elemental de Derecho Civil”*. G. Morsón, Tercera Ed. Lima, 1980.
- LEÓN BARANDIARÁN, José: *“Responsabilidad Extracontractual. Exposición de Motivos y Comentarios”*. En Delia Reboledo de Debakey, Código Civil, Vol. VI, Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936; Lima, 1977.
- LEONFANTE, María Antonia: *“Derecho de Necesidad”*. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- LE TOURNEAU, Philippe: *“La Responsabilidad Civil”*. Traducción de Tamayo Jaramillo, Legis, Bogotá, 2004.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *“Derecho Penal. Parte General I”*. Universitas, Madrid, 19996.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *“Derecho Penal de la Circulación”*. PPU Barcelona, 1990.
- LUHMANN: *“Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica”*. Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- MAIER, Julio B. J.: *“De los delitos y de las Víctimas”*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MAIER, Julio B. J.: *“Derecho Procesal Penal”*. Ed. Del Puerto. Buenos Aires, 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *“Las Penas Patrimoniales en el Código Penal Español”*. Bosch, Barcelona, 1983.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *“Derecho Penal Económico”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *“Las condiciones objetivas de Punibilidad”*. Edersa, Madrid, 1989.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *“Responsabilidad Civil Extracontractual”*. Décima Ed. Temis, 1998.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean: *“Lecciones de Derecho Civil. La Responsabilidad Civil. Los Cuasi Contratos”*. Ediciones Jurídica Euro-América, Buenos Aires, 1960.
- MAZUELOS COELLO, Julio: *“Derecho Penal Económico de la Empresa”*. Editorial San Marcos, Lima, 1996.
- MEDINA, Rocío: *“La Responsabilidad Internacional del Estado por actividades ultrarriesgosas como una alternativa al problema ambiental”*. Rev. Themis No. 32, Lima, 1995
- MEINI MÉNDEZ, Iván: *“La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”*. PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1999.
- MEINI MÉNDEZ, Iván: *“Responsabilidad Penal del Empresario por los hechos cometidos por sus subordinados”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MENDOZA BUERGO, Blanca: *“El Derecho Penal en la sociedad de riesgo”*. Civitas, Madrid, 2005.
- MIR PUIG, Santiago: *“Derecho Penal. Parte General”*. Tecfoto, Barcelona, 1996.
- MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *“La Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto”*. J.M. Bosch, Barcelona, 1996.
- MOCCIA, Sergio: *De la tutela de bienes a la tutela de funciones*. Trad. Ramón Ragués y Vallés. En: Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Roxin, Editor J.M Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 1997.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *“Formas de Reparación”*. En Temas de Responsabilidad Civil, en Honor al Dr. Augusto M. Morello, Editorial Platense, La Plata, 1981.
- MONROY GÁLVEZ, Juan: *“Introducción al Proceso Civil”*. Temis, Bogotá, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN MONTERO SOLER, Alberto; TERRES LÓPEZ, Juan: *“La Economía del Delito y de las Penas”*.

- Comares, Granada, 1998.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: **"Responsabilidad por Daños"**. Ediar, Buenos Aires, 1971.
- MOYA JIMÉNEZ, Antonio: **"La Responsabilidad de los Administradores de Empresas Insolventes"**. Bosch, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, Mercedes: **"Derecho Penal"**. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- NINO, Carlos Santiago: **"Los Límites de la Responsabilidad Penal"**. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- NINO, Carlos Santiago: **"Introducción al Análisis del Derecho"**. Ariel, 8va. Edición, Barcelona, 1987.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: **"Transmisiones de Bienes Fraudulentas"**. Colex, Madrid, 1998.
- OLAECHEA, Manuel Augusto: **"El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el Nuevo Código Civil"**. Ediciones Jurídicas, Lima, 1940.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel y ARAUJO NETO, Félix: **"Introducción al Derecho Penal"**. Ara Editores, Lima, 2007.
- ONDORNO, Luis O.: **"Responsabilidad por Daño a la salud o seguridad del Consumidor"**. En Revista Jurídica Peruana. Año XLIV. No. 61. Abril 1992 - diciembre 1994.
- ORGÁZ, Alfredo: **"El Daño Resarcible"**. Depalma, Buenos Aires, Tercera Edición, 1947.
- ORGÁZ, Alfredo: **"La Independencia de las Acciones Penal y Civil y Algunas de sus Consecuencias Jurídicas"**. En La Ley, T. 75. p. 704. Buenos Aires, 1954.
- ORTEGA DE NORIEGA, Juan y otros: **"Código Penal alemán. Código Procesal Penal alemán"**. Macial Pons, Madrid, 2000.
- ORTEGA, Luis: **"La Responsabilidad Civil de la Administración Pública"**. Themis No. 32, Lima, 1995.
- OSTERLING PARODI, Felipe: **"Indemnización de Daños y Perjuicios"**. En Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cultural Cusco, Lima, 1985.
- PALACIOS MÉNDEZ, Rosario: **"Reparación civil y proceso penal ¿Segunda Victimización?"**. En actualidad Jurídica, Tomo 133, diciembre, 2004, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- PALIERO, Carlo Enrico: **"Problemas y Perspectivas de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en el Derecho Italiano"**. Anuario de Derecho Penal 96, Lima, 1996.
- PALMERO, Juan Carlos: **"El Daño Involuntario, Indemnización de Equidad"**. Astrea, Buenos Aires, 1973.
- PANTALEÓN, Fernando: **"Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual"**. En: La responsabilidad en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. N° 4, Madrid, 2000.
- PANTALEÓN, Fernando: **"Causalidad e imputación objetiva. Criterios de imputación"**. En: Centenario del Código Civil. Madrid, 1991. pp. 1561 a 1591.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: **"El riesgo Permitido en el Derecho Penal"**. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PEIRANO FACIO, Jorge: **"Responsabilidad Extracontractual"**. Themis, Tercera Edición, Bogotá, 1981.
- PEÑA CABRERA, Raúl: **"Tratado de Derecho Penal"**. Grijley, Lima, 1995.
- PEÑA GONZALES, Carlos: **"Sobre los Dilemas Económicos y Éticos de un Sistema de Responsabilidad Civil"**. En: Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997.
- PEREZ SANZBERRO, Guadalupe: **"Reparación y conciliación en el sistema penal"**. Comares, Granada, 1999.
- PIZARRO, Ramón Daniel: **"Daño Moral"**. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- POLAINO NAVARRETA, Miguel: **"Derecho Penal. Perte General"**. Bosch, Barcelona, 1996.
- PONZANELLI, Giulio: **"Regole de Responsabilità Oggettiva e Rimedi disponibili a favore del Soggetto Danneggiato"**. En: Derecho Civil Patrimonial, Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1997.
- POSNER, Richard A.: **"El Análisis Económico del Derecho"**. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- PRADEL, Jean: **"La Responsabilidad Civil de la Persona Moral"**. Anuario de Derecho Penal 96, Lima, 1996.
- PRADO SALDARRIEGA, Víctor: **"Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia"**. Palestra, Lima, 1999.
- PRADO SALDARRIEGA, Víctor: **"Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú"**. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- PUIG BRUTAU, José: **"Introducción al Derecho Civil"**. Bosch, Barcelona, 1981.
- PUIG BRUTAU, José: **"Fundamentos del Derecho Civil"**. Bosch, Barcelona, 1983.
- QUERALT, Joan J.: **"Víctimas y garantías: Algunos cabos sueltos"**. Trad. Ramón Ragués y Vallés. En: Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Roxin, Editor J.M Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MUJICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: **"La Responsabilidad Civil Ex Delicto"**. Aranzadi, Navarra, 2002.
- QUINTERO OLIVARES y otros: **"Comentarios al Nuevo Código Penal"**. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RAMÍREZ, Jorge Orlando: **"Indemnización de daños y Perjuicio"**. Hammurabi, Buenos Aires, 1984.

- REGLERO CAMPOS, Fernando: *“Tratado de responsabilidad civil”*. Aranzadi, Navarra, 2002.
- REYES ALVARADO, Yesid: *“El concepto de imputación objetiva”*. En revista Internacional. Derecho Penal contemporáneo. N° 1, Legis, Bogotá Colombia, octubre – diciembre 2002, pp. 5 y ss.
- RIBÓ DURAN, Luis: *“Derecho de Daño”*. Bosch, Barcelona, 1992.
- RICO, José; SALAS, Luis: *“Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal”*. Miami, USA, Caj. Primera Edición, 1991.
- ROBLES MORCHON, Gregorio: *“Teoría Del Derecho”*. Civitas, Madrid, 1999.
- ROCA, Encarna: *“Derecho de daños”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RODOTA, Stefano: *“La dimensione patrimoniale del corpo umano”*. En: Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1997.
- RODRÍGUEZ DELGADO, J.: *“La Reparación como Sanción Jurídico Penal”*. San Marcos, Lima, 1999.
- ROIG TORRES, Margarita: *“La reparación del daño causado por el delito”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ROXIN, Claus: *“La teoría del delito en la discusión actual”*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2007.
- ROXIN: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción de Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- ROXIN, Claus: *“Dogmática Penal y Política Criminal”*. Trad. Manuel Abanto V., Idemsa, Lima, 1998.
- ROXIN, Claus: *“Derecho Penal. Parte General”*. Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus: *“La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”*. Trad. Manuel Abanto, Idemsa, Lima, 1997.
- ROXIN, Claus: *“La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena”*. Ad Hoc, B. Aires, 1992.
- ROXIN, Claus y otros: *“Política Criminal y Reforma del Derecho Penal”*. Temis, Bogotá 1984.
- ROY FREIRE, Luis. E.: *“Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena”*. Grijley, Lima, 1997.
- RUBIO CORREA, Marcial: *“Prescripción y Caducidad. Extinción de los Derechos en el Código Civil”*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1988.
- RUBIO CORREA, Marcial: *“Título Preliminar”*. Fondo Editorial PUCP Lima, 1988.
- RUBIO CORREA, Marcial: *“Prescripción y Caducidad. Extinción de los Derechos en el Código Civil”*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988.
- RUSCHE, Georg y otro: *“Pena y Estructura Social”*. Temis, Bogotá, 1984.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. Idemsa, Lima, 2005.
- SAN MARTÍN CASTRO, César: *“Derecho Procesal Penal”*. Grijley, Lima, 1999.
- SCHELESINGER, Piero: *“La Injusticia del Daño en el Ilícito Civil”*. Rev. Themis, No. 39, Lima, 1999.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *“Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio”*. Idemsa, Lima, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *“La Punibilidad de las Personas Jurídicas”*. En Derecho Penal Económico de la Empresa, de José Mazuelos Coello, Editorial San Marcos, Lima 1996.
- SCHÜNEMANN, Bernd: *“El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales”*. Tecnos, Madrid, 1991.
- SCOGNAMIGLIO, Renato: *“El Daño Moral”*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1963.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *“Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Contra las Personas”*. Dykinson, Madrid, 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *“Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de ‘reparación’”*. En Estudios de Derecho Penal, Grijley, Lima, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *“Política Criminal y nuevo Derecho Penal”*. Bosch, Barcelona, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y otros: *“Estudios de Derecho Penal”*. Ara Editores, Lima, 2005.
- SOLÉ RIERA, Jaume: *“La Tutela de la Víctima en el Proceso Penal”*. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- STIGLITZ, Gabriel A.: *“La Responsabilidad Civil. Nuevas Formas y Perspectivas”*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1984.
- STRUENSEE, Eberhard: *“Acerca de la Legitimación de la ‘Imputación Objetiva’ como categoría complementaria del Tipo Objetivo”*. En Revista Peruana de Ciencias Penales, No.: 6, año III GC. Ediciones. Lima. 1998.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *“Es la Antijuricidad un elemento fundamental de la Responsabilidad Civil Extracontractual”*. Rev. Advocatus, Lima, 1994.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: *“Elementos de la Responsabilidad Civil”*. Grijley, Lima, 2001.
- TAMARIZ ZUMALLA: *“La Víctima en el Derecho penal”*. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier: *“De la Responsabilidad Civil”*. Temis, Bogotá, 1996.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier: *“La Indemnización del Daño en el Proceso Penal”*. Primera. Edición,

- Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá, 1993.
- TAVAREZ JUÁREZ, E. X.: *“Bien Jurídico y función del Derecho penal”*. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- TEJERINA, Wenseslau: *“Culpa por Omisión”*. En Temas de Responsabilidad Civil en honor el Dr. A. M. Morello. Ed. Platense, La Plata, 1981.
- TERRANGNI, Marco A.: *“Culpabilidad Penal y Responsabilidad Civil”*. Hammurabi, Buenos Aires, 1981.
- TIEDEMAN, Klaus: *“Constitución y Derecho Penal”*. Palestra, Lima, 2003.
- TRAZEGNIES GRANDA, F. de: *“La Responsabilidad Extracontractual”*. F Ed. PUCP, Lima, 1988.
- TRIGO REPRESAS, Félix A.: *“Responsabilidad Civil de los Profesionales”*. Astrea, Buenos Aires, 1978.
- URIBE RESTREPO, J.: *“La Obligación Pecuniaria frente a la Inflación”*. Temis, Bogotá, 1984.
- URQUIZO OLAECHEA, J.: *“El Bien Jurídico”*. En Rev. Peruana de Ciencias Penales, No. 6, Lima, 1998.
- VALENCIA ZEA, Arturo: *“Derecho Civil”*. Temis, Bogotá, 1981.
- VÁSQUEZ FERREIRA, Roberto A.: *“La Prueba de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil”*. Rev. Ius et Veritas No. 14, Lima, 1997.
- VÁSQUEZ FERREIRA, Roberto A.: *“Daños y Perjuicios por Productos Defectuosos”*. Rev. Ius et Veritas, Año X, No. 20, Lima, Julio 2000.
- VÁSQUEZ FERREIRA, Roberto A.: *“Daños y Perjuicios por Productos Elaborados”*. Rev. Ius et Veritas, Año X, No. 20, Lima, Julio 2000.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *“Derecho Penal”*. Temis, Bogotá, 1995.
- VICENTE DOMINGO, Elena: *“Los Daños Corporales: Tipología y Valoración”*, Bosch, Barcelona, 1994.
- VILLA STEIN, Javier: *“Derecho Penal. Parte General”*. San Marcos, Lima, 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *“Derecho Penal. Parte General”*. Grijley, Lima, 2006.
- VISINTINI, Giovanna: *“Responsabilidad contractual y extracontractual”*. Ara Editores, Lima, 2002.
- VIVES ANTÓN, T. y otros: *“Comentarios al Código Penal de 1995”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, T. y otros: *“Derecho Penal. Parte Especial”* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- WELZEL, Hans: *“Derecho Penal Alemán”*. E. Jurídicas. Santiago de Chile. 1987.
- WESSELS, Johan: *“Derecho Penal. Parte General”*. Depalma Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *“Manual de Derecho Penal”*. Ed. Jurídicas, Lima, 1992.
- ZAFFARONI, Eugenio R.: *“Tratado de Derecho Penal. Parte General”*. Ediar, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio R.: *“En Busca de las Penas Perdidas”*. Temis, Bogotá, 1990.
- ZANONI, Eduardo A.: *“Derecho subjetivo e interés simple”*. En: La Responsabilidad. Libro Homenaje a Isidoro H. Goldenberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- ZANONI, Eduardo A.: *“El daño en la responsabilidad civil. 2ª. Edición”*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- ZANONI, Eduardo: *“Época de Determinación del Daño”*. Ed. Platense, Plata, 1991.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: *“La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente”*. Aranzadi, Pamplona, España, 1995.

----o0o----

BIBLIOGRAFÍA

(Sobre la metodología de investigación)

- ABAJO QUINTANA, Joaquín José: ***“La Implementación de las Normas”***.
1995 En: Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.
- ADOMEIT, Klaus: ***“Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica Normativa, Teoría del Método, Politología Jurídica”***. Civitas, Madrid.
1984.
- AFANASIEV, V. G.: ***“Fundamentos de los Conocimientos Filosóficos”***. Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.
1975
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio: ***“Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”***. Astrea, Buenos Aires.
1998
- ALEXI, Robert: ***“El Concepto y la Validez del Derecho y otros Ensayos”***. Gidesa, Barcelona.
1997
- ALEXI, Robert: ***“Teoría de la Argumentación Jurídica”***. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
1989
- ANDRUET, Armando S.: ***“Razonamiento y Argumentación”***. Alveroni, Córdoba.
1993.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos: ***“Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica”***. Porrúa, México.
1999
- ATIENZA, Manuel: ***“Sobre la Analogía en el Derecho. Ensayo de Análisis de un Razonamiento Jurídico”***. Civitas, Madrid.
1986
- ATIENZA, Manuel: ***“Tras la Justicia”***. Ariel, Barcelona.
1997a
- ATIENZA, Manuel: ***“Contribución a la Teoría de la Legislación”***. Civitas, Madrid.
1997b
- AVILA, ACOSTA, Roberto.B.: ***“Estadística Elemental”***. Estudios y Ediciones R.A., Lima.
2000
- BOBBIO, Norberto: ***“Teoría General del Derecho”***. Temis, Bogotá.
1992.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: ***“Algunos Planteamientos Dogmáticos en la Teoría del Delito en Alemania Italia y España”***. Nuevo Foro Penal No. 59, Temis, Bogotá.
1993
- BROEKMAN, Juan M.: ***“Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho”***. Temis, Bogotá.
1997
- BULARD GONZALES, Alfredo: ***“Estudios de Análisis Económico del Derecho”***. Ara Editores, Lima.
1996 Ara Editores, Lima.
- BÜLLESBACH, Alfred: ***“Enfoques de Teoría de Sistemas”***. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- BUNGE, Mario: ***“Sistemas Sociales y Filosofía”***. Editorial Sudamericana, Buenos Aires.
1995
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio: ***“El Jurista y el Simulador del Derecho”***. 9ª. Ed. Porrúa, México.
1999
- CALVO GARCÍA, Manuel: ***“Los Fundamentos del Método Jurídico: Una Revisión Crítica”***. Tecnos, Madrid.
1994
- CALSAMIGLIA, Albert: ***“Introducción a la Ciencia del Derecho”*** Ariel, Barcelona.
1986
- CANARIS, Claus-Wilhelm: ***“El sistema en la Jurisprudencia”***. Traducción de Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.
1998
- CANO BUENO, Juan: ***“Procedimiento Legislativo y Análisis de Adecuación de las Normas a la Realidad”***. En: Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao.
1995
- CARNELUTTI, Francesco: ***“Metodología del Derecho”***. Vallett Ediciones, Buenos Aires.
1990
- CARNELUTTI, Francesco: ***“Cómo Nace el Derecho”***. Temis, Bogotá.
1998
- CARPINTERO, Francisco: ***“Derecho y Ontología Jurídica”***. Actas, Madrid.
1993
- CARRILLO, Francisco: ***“Cómo hacer la Tesis y el Trabajo de Investigación Universitario”***. Editorial, Horizonte, Lima.
1995

- CARRILLO PRIETO, Ignacio: ***“Algunas Tendencias Actuales de la Teoría del Derecho”***
1994 En: Tendencias Actuales del Derecho compilado por José Luis Soberanes, Fondo de Cultura Económica, México.
- CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Juan: ***“Métodos de Investigación”***. Mc Graw Hill, México.
1996
- CERRONI, Umberto: ***“Metodología y ciencia del Derecho”***. Editorial Martínez Roca, Barcelona.
1971
- CHURRUCA, Juan: ***“La Relatividad del Argumento Histórico”***. En: Derecho y Argumentación Histórica
1999 Editado por Teresa Peralta Escuer, Universidad de Lleida.
- CIPPITANI, Roberto: ***“IL DIRITTO DIVISO. Appunti per una Semiótica dell’Ordinamento-Testo”***
1998 Cedam, Padova, Verona.
- COBRETOS MENDAZONA, Edorta: ***“Principios Estructurales del Ordenamiento Jurídico Público e Integración de las Normas”***. En: Los procesos de Implementación de las Normas Jurídicas. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao.
1995
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas: ***“Derecho y Economía”***. Fondo de Cultura Económica, México.
1998
- COPI, Irving M. ***“Introducción a la Lógica”***. Eudeba, Buenos Aires.
1964
- CRISÓLOGO ARCE, Aurelio: ***“Concepto, Método y Modelos de la Investigación Científica”***. Abedul,
1994 Tercera Edición, Lima.
- CUCHILLO FOX, Montserrat : ***“Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano”***. Civitas,
1996 Madrid.
- DE ASÍS ROIG, Rafael: ***“Sobre el Razonamiento Judicial”***. Mc Graw Hill, Madrid.
1998
- DE LOS MOZOS, José Luis: ***“Derecho Civil, Método, Sistema y Categorías Jurídicas”***. Civitas Madrid.
1988
- DE LOS MOZOS, José Luis: ***“Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno”***. Edersa,
1997 Jaén – España.
- DE PRAGA GARCÍA, A.: ***“De Juristas y Ciudadanos: Teoría y Práctica en la Aplicación del Derecho”***.
1999 En: Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho, Colex, Madrid.
- DUCCIO CLARO, Carlos: ***“Interpretación Jurídica”***. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
1989
- DURKHEIM, Émile: ***“Las Reglas del Método Sociológico”***. Editorial Orbis, Buenos Aires.
1986
- DUVERGER, Maurice: ***“Métodos de las Ciencias Sociales”***. Ariel, Barcelona.
1975
- DWORKIN, R. M.: ***“La Filosofía del Derecho”***. Traducción de Javier Sainz de los Terreros, Fondo de Cultura Económica, México.
1977
- ECO, Humberto: ***“Semiótica y Filosofía del Lenguaje”***. 2da. Edición, Editorial Lumen, Barcelona.
1995
- ECO, Humberto: ***“Los Límites de la Interpretación”***. Editorial Lumen, Barcelona.
1992
- ELLSCHIED, Günter: ***“El Problema del Derecho Natural. Una Orientación Sistemática”***. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- ENGISCH, Karl: ***“Introducción al Pensamiento Jurídico”***. Ediciones Guadarrama, Madrid.
1967
- FALCÓN Y TELLA, María José: ***“La Interpretación Lógica y sistemática de la Ley”***. En: Teoría y Práctica de la Aplicación e Interpretación del Derecho, Colex, Madrid.
1999
- FERNÁNDEZ, Raúl E.: ***“Los Errores in Cogitando en la Jurisprudencia Cordobesa”***. Alveroni, Córdoba.
1993
- FERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: ***“Fines del Derecho”***. En: Estudios en Honor al Profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Murcia.
1992
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: ***“La Dignidad de la Persona como Valor Supremo del Ordenamiento Jurídico”***. En: Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho. Colex, Madrid.
1999
- FERRAJOLI, Luigi: ***“Derecho y Razón”***. Trota, Madrid.
1998

- FEYERABEND, Paul K.: ***“Contra el Método”***. Editorial Orbis, Buenos Aires.
1984
- FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto: ***“Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas”***.
1995 Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao.
- FIX FIERRO, Héctor; LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y MATUTE C., Sergio L.: ***“Tendencias y Perspectivas de la Informática Jurídica”***. En: *Tendencia Actuales del Derecho*, compilado por José Luis Soberanes, Fondo de Cultura Económica, México.
1994
- FIX ZAMUDIO, Héctor: ***“Metodología, Docencia e Investigación Jurídica”***. Editorial Porrúa, México.
1997
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola: ***“Lógica de las Pruebas en Materia Criminal”***. Temis, Bogotá.
1995
- FRANK, Jerone: ***“Derecho e Incertidumbre”***. Segunda Ed. Fontamara, México.
1993
- FROSINI, Vittorio: ***“Teoría de la Interpretación Jurídica”***. Temis, Bogotá.
1991
- FROSINI, Vittorio: ***“La Lettera e lo Spirito della Legge”***. Giuffrè Editore, Milano.
1998
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: ***“Nulidad de actos jurídicos de disposición patrimonial en el Proceso Penal”***. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2007
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás A. ***“Las Fiscalías Especializadas en delitos de: Estafa y Defraudación, Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, Contra la Función Jurisdiccional y Contra la Fe Pública y su influencia en la persecución de los delitos y en la Administración de Justicia”***. Tesina para el primer PROFA de la Academia Nacional de la Magistratura. Lima.
2000
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás A. ***“El Resarcimiento del Daño en el Proceso Penal”***. Tesis para optar el Grado de Magister en Ciencias Penales, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
1999
- GARRETA SUCH, José María: ***“La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de la Administración de las Sociedades”***. Marcial Pons, Madrid.
1997
- GHIRARDI A. Olsen: ***“La Naturaleza del Razonamiento Judicial”***. Alveroni, Córdoba, Argentina.
1993
- GIL ROBLES, Álvaro: ***“Tendencias Actuales del Derecho”***. Compilado por José Luis Soberanes, Fondo Cultura Económica, México.
1994
- GIMBERNAT ORDEING, E.: ***“Concepto y Método de la Ciencia del Derecho Penal”***. Tecnos, Madrid.
1999
- GIRALDO ANGEL, Jaime: ***“Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica”***. Temis, Bogotá.
1980
- GOLDSCHMIDT, James: ***“Metodología Jurídico - Penal”***. Reus, Madrid.
1981
- GONZALES GALVÁN, Jorge: ***“El Protocolo de Investigación Jurídica”***. En Boletín II J-UNAM 90, México.
1997
- GUASP, Jaime: ***“Concepto y Método del Derecho Procesal”***. Civitas, Madrid.
1997
- HAFT, Fritjof: ***Derecho y Lenguaje”***. En *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, de Tahúr KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- HASSEMER, Winfried: ***“Sistema Jurídico y Codificación: La Vinculación del Juez a la Ley”***. En *Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: ***“Obras Completas. Método de la Ciencia del Derecho”***. Espasa Calpe, Madrid.
1988
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: ***“Metodología de la Ciencia del Derecho”***. Segunda Edición, Madrid.
1971
- HERNÁNDEZ, María: ***“El Protocolo como Instrumento de Formalización del Trabajo de Investigación”***.- En Boletín, IIJ-UNAM 90, México.
1997
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: ***“Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica”***. Marcial Pons, Madrid.
1998
- HOERSTER, Norbert: ***“En Defensa del Positivismo Jurídico”***. Gedisa, Barcelona.
1992

- HOHFELD, W.N.: *“Conceptos Jurídicos Fundamentales”*. Fontamara, Cuarta Ed., México.
1996
- KALINOWSKI, Georges: *“El Problema de la Verdad en la Moral y en el Derecho”*. Editorial Universitaria
1979 Buenos Aires.
- KALINOWSKI, Georges: *“Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho”*. Abeledo Perrot, Buenos
1982 Aires.
- KAUFMANN, Arthur: *“La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad”*. Temis, Bogotá.
1998
- KAUFMANN, Arthur: *“Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática Jurídica”*. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- KAUFMANN, Arthur: *“Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”*. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid
1992
- KELLER, Albert: *“Teoría General del Conocimiento”*. Editorial Herder, Barcelona
1988
- KERLINGER, Fred N. *“Investigación del Comportamiento”*. McGraw - Hill, México.
1988
- KONRAD, Hesse: *“Derecho Constitucional y Derecho Privado”*. Civitas. Madrid.
1995
- LARENZ, Karl: *“Metodología de la Ciencia del Derecho”*. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero
1980 2da. Edición, Ariel, Barcelona.
- LA TORRE, Massimo: *“Derecho y Teoría del Derecho. Tendencias Fundamentales para finales del Siglo XX”*. En: Tendencias Actuales del Derecho compilación de José Luis Soberanes, fondo de cultura Económica, México.
1994
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *“Filosofía del Derecho”*. Bosch, Barcelona.
1971
- LIMA TORRADO, Jesús: *“Problemática de la Argumentación Jurídica con Relación al Derecho a la objeción de Conciencia contemplada desde la Interpretación Sistemática”*. En: Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho. Colex, Madrid.
1999
- LOPEZ I CASANOVAS, Gillem: *“La Eficiencia de las Normas: El Análisis Coste-Beneficio como Instrumento Metodológico”*. En Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao.
1995
- LÓPEZ MORENO, Angeles: *“La Idea de Mezcla Adecuada en el Proceso de Aplicación e Interpretación de la Ley”*. En: Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho. Colex, Madrid.
1999
- LLEONART Y ANSELEM, A.J.: *“Métodos”*. En: La Tesis Universitaria en Derecho. San Marcos, Lima.
1981
- LUCAS VERDÚ, Pablo: *“El concepto de Constitución en la Constitución”*. En: Estudios en Honor al Profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Murcia.
1992
- LUHMANN, L.: *“Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica”*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
1983
- LUMIA, Giuseppe: *“Principios de Teoría e Ideología del Derecho”*. Debate, Madrid.
1986
- MANRIQUE ENRÍQUEZ, Fernando: *“Teoría del Conocimiento. Proyección Epistemológica”*. Colección Episteme, Editor Marcos Pflücker N. Lima.
1986
- MANS PUIGARNAU, Jaime M.: *“Lógica para Juristas”*. Bosch, Barcelona.
1978
- MARÍN CASTÁN, María Luisa: *“La Figura del Juez en el Sistema Jurídico Inglés”*. En Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho, Colex, Madrid.
1999
- MAZUREK, Per: *“Teoría Analítica del Derecho”*. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- MAZUREK, Per: *“Teoría Marxista y Socialista del Derecho”*. En Pensamiento Jurídico de KAUFMANN y HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- MENDONCA, Daniel: *“Interpretación y Aplicación del Derecho”*. Universidad de Almería.
1997
- MIQUEL, José M.: *“Preterición y Argumento Histórico”*. En: Derecho y Argumentación Histórica, Editado por Teresa Peralta, Universidad de Lleida.
1999

- MIRAUT MARTÍN, Laura: ***“La Teoría de la Decisión Jurídica de Benjamín Nathan Cardozo”***. Dykinson, Madrid.
1999
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto: ***“El Derecho como sistema Normativo: Notas sobre la Naturaleza Preceptiva y su Función Educadora”***. En: Estudios en Honor al Profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Murcia.
1992
- MORESO, José Juan: ***“Ciencia Jurídica y Dualismo Metodológico”***. En Anuario de Filosofía del Derecho VII.
1990
- MORRIS, Clarence: ***“Cómo Razonan los Abogados”***. Editorial Limusa, México.
1998.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: ***“Metodología y Ciencia Penal”***. Universidad de Granada, España.
1991
- NAVARRO AZNAR, Fernando: ***“Derecho Natural sin Falacia Naturalista: Su Función Metodológica”***. En: Estudios en Homenaje al Profesor Mariano Hurtado Bautista. Universidad de Murcia. Murcia.
1992
- NEUMAN, Ulfrid: ***“Lógica Jurídica”***. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, KAUFMANN y HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- NEUMAN, Ulfrid: ***“La Teoría de la Ciencia Jurídica”***. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- NINO, Carlos Santiago: ***“Introducción al Análisis del Derecho”***. Ariel, 8va. Edición, Barcelona.
1987
- NÚÑES ENCABO, Manuel: ***“Las Presiones de los Medios de Comunicación y de la Opinión Pública sobre la Administración de Justicia”***. En: Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho, Colex, Madrid.
1999
- ORTIZ RIVAS, Hernán A.: ***“Obediencia al Derecho, Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia”***. Temis, Bogotá.
1998
- OSÉS ABANDO, Josú: ***“La Evaluación Normativa en el Derecho Comparado”***. En: Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao.
1995
- PABÓN DE ACUÑA, José María: ***“La Interpretación según la Realidad Social”***. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia.
1999
- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis: ***“La Seguridad Jurídica ante la Abundancia de Normas”***. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid.
1997
- PARDINAS, Felipe: ***“Metodología y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales”***. Siglo XX Editores, México.
1979
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: ***“Seguridad Jurídica y Solidaridad como Valores en la Constitución Española”***. En: Estudios en Honor al Profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Murcia.
1992
- PERALTA ESCUER, Teresa: ***“Derecho y Argumentación Histórica”***. Universidad de Lleida,
1999
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo: ***“Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica”***. Temis, Bogotá
1999
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: ***“La Seguridad como Función Jurídica”***. En: Estudios en Homenaje al Profesor Mariano Hurtado Bautista. Universidad de Murcia. Murcia.
1992
- PHILIPS, Lothar: ***“Teoría de las Normas”***. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
1992
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis: ***“Metodología del Derecho”***. Porrúa, México.
1996
- POPPER, Karl R.: ***“La Lógica de la Investigación Científica”***. Tecnos, Madrid.
1994.
- POPPER, Karl R.: ***“El Mito del Marco Común. En Defensa de la Ciencia y la Racionalidad”***. Paidós, Barcelona.
1994
- PORTOCARRERO, Felipe: ***“Cómo Hacer un Trabajo de Investigación”***. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima.
1990
- POSNER, Richard A.: ***“El Análisis Económico del Derecho”***. Fondo de Cultura Económica, México.
1998
- PRIETO DE PEDRO, Jesús: ***“Lenguaje, Lenguas y Derecho”***. Civitas, Madrid.
1991
- PRIETO SANCHIZ, Luis: ***“Fines del Derecho y Satisfacción de Necesidades”***. En: Estudios en Homenaje

- 1992 al Profesor Mariano Hurtado Bautista. Universidad de Murcia. Murcia.
- PUY, Francisco: *"El Tópico 'Fin' en el Derecho"*. En: Estudios en Homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista. Universidad de Murcia, Murcia.
- 1992
- QUIROZ SALAZAR, William: *"La Investigación Jurídica"*. Imsergraf, Lima.
- 1998
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos: *"Cómo Hacer una Tesis en Derecho y no envejecer en el Intento"*. Gaceta Jurídica. Lima.
- 1999
- RAZ, Joseph: *"Razón Práctica y Normas"*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- 1991
- REDONDO, María Cristina: *"La Noción de Razón para la Acción en los Análisis Jurídicos"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- 1996
- ROBLES MORCHON, Gregorio: *"El Derecho como Texto"*. Civitas, Madrid.
- 1998
- ROBLES MORCHON, Gregorio: *"Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho"*. Civitas, Madrid.
- 1999
- ROCCO, Arturo: *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal"*. Temis, Bogotá.
- 1999
- RODRÍGUEZ, Francisco J.; BARRIOS, Irina y FUENTES María Teresa: *"Introducción a la Metodología de las Investigaciones Sociales"*. Editora Política, La Habana.
- 1984
- ROJAS SORIANO: *"El Proceso de la Investigación Científica"*. Trillas, Cuarta Edición, México.
- 1998
- ROSENTHAL - IUDIN: *"Diccionario Filosófico"*. Ediciones Universo, Buenos Aires.
- 1973
- ROXIN, Claus: *"Dogmática Penal y Política Criminal"*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Idemsa.
- 1998
- RUSCHE, GEORG y otro: *"Pena y Estructura Social"*. Temis, Bogotá.
- 1984
- RUSSEL, Bertrand: *"El Conocimiento Humano"*. Ediciones Orbis, Barcelona.
- 1983
- SÁNCHEZ CARLESSI, Hugo; REYES MEZA, Carlos: *"Metodología y Diseño de la Investigación Científica"*. Editorial Mantaro, 2da. Ed., Lima.
- 1998
- SAVIGNY, Friedrich Karl: *"Metodología Jurídica"*. Traducción de J. J. Santa-Pinter, Depalma, B. Aires.
- 1979
- SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich: *"Perspectivas en la Aplicación de las Normas Jurídicas: Determinación, Argumentación y Decisión"*. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo, de Arthur KAUFMAN y Winfried HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
- 1992
- SCHROTH, ULRICH: *"Hermenéutica Filosófica y Jurídica"*. En Pensamiento Jurídico Contemporáneo de KAUFMANN y HASSEMER, Editorial Debate, Madrid.
- 1992
- SERRANO, José Luis: *"Validez y Vigencia. La Aportación Garantista a la Teoría de la Norma Jurídica"*. Editorial Trotta, Madrid.
- 1999
- SIERRA BRAVO, R.: *"Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica"*. Paraninfo, 4ª. Ed. Madrid.
- 1996
- SIERRA JIMÉNEZ, Francisco: *"Conceptos del Derecho e Interpretación Constitucional"*. En Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho. Colex, Madrid.
- 1999
- SOBERANES, José Luis: *"Tendencias Actuales del Derecho"*. Fondo de Cultura Económica, México.
- 1994
- SOLÍS ESPINOZA, A.: *"Metodología de la Investigación Jurídico Social"*. Princeliness, Lima.
- 1991
- SUBIRATS, Joan: *"El Análisis Empírico de los Efectos de la Legislación"*. En: Los procesos de Implementación de las Normas Jurídicas. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao.
- 1995
- TABORGA, Huáscar: *"Cómo Hacer Una Tesis"*. Editorial Grijalvo, México.
- 1982
- TAFUR PORTILLA, Raúl: *"La Tesis Universitaria"*. Primera Edición, Mantaro, Lima.
- 1994
- TORRES BARDALES, C.: *"Metodología de la Investigación Científica"*. Editorial San Marcos, 4ª Edición, Lima.
- 1998
- TORRES LÓPEZ, Juan: *"Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal"*. Tecnos, Madrid.

- 1987**
TORRES RUIZ, José Ramón: *“Seguridad, Certeza e Informática Jurídica”*. En: Estudios en Homenaje al
1992 Profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Murcia.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: *“Introducción al Derecho”*. Palestra, Editores, Lima.
1999
- VALDEZ ABASCAL, Rubén: *“Tendencias Actuales del Derecho. Una Visión Mexicana”*. En Tendencias
1994 Actuales del Derecho compilado por José Luis Soberanes, Fondo de Cultura Económica, México.
- WACKE, Andreas: *“Cinco Refranes sobre la Donación y su Valor como Argumento Histórico-Jurídico”*. En: Derecho y Argumentación Histórica, Editado por Teresa Peralta, Universidad de Lleida.
1999
- VIEHWEG, Theodor: *“Tópica y Filosofía del Derecho”*. Gedisa Editorial, Barcelona.
1991.
- WESTON, Anthony: *“Las Claves de la Argumentación”*. Traducción de Jorge F. Malem Seña, Ariel, Barcelona.
1998
- WILHELM, Walter: *“La Metodología Jurídica del Siglo XIX”*. Ed. de Derecho Privado Madrid.
1980
- WITKER V., Jorge: *“Metodología de la Enseñanza del Derecho”*. Temis, Bogotá.
1987
- WITKER V., Jorge: *“La Investigación Jurídica”*. Mc Graw-Hill, México.
1995
- WITKER V, Jorge; LARIOS, Rogelio: *“Metodología Jurídica”* McGraw-Hill, México.
1997
- ZAVALA, Abel Andrés: *“Metodología de la Investigación Científica”*. Editorial San Marcos, Lima.
1997
- ZELAYARÁN DURAND, Mauro: *“Metodología de Investigación Jurídica”*. Ed. Jurídicas, Lima.
1997
- ZUBIZARRETA, Armando F.: *“La Aventura del Trabajo Intelectual. Cómo estudiar e investigar”*. Segunda Edición, Fondo Educativo Interamericano, México.
1986

-----o0o-----

ANEXOS

CUADERNO DE SEMI LIBERTAD
EXP. 09-01
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Dictamen N° -2007-MP-1°FSP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Es materia del recurso de apelación interpuesto por la sentenciada **BLANCA NÉLIDA COLÁN MAGUIÑO**, la resolución de fs.143/147, su fecha 15 de agosto de 2007, que declara: **IMPROCEDENTE** el beneficio penitenciario de Semilibertad solicitado por ésta, en el proceso que se le siguió por los delitos de Encubrimiento Personal, Omisión de Denuncia y Enriquecimiento Ilícito, en agravio del Estado.

I. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La impugnante fundamenta su recurso a fs.168/172, basándose en los siguientes argumentos:

1. Que a la fecha ha cumplido seis años de reclusión, los que sumados a los días de redención de pena por trabajo, hacen viable la concesión del beneficio solicitado. Pues ha cumplido con todos los requisitos establecidos por ley para acogerse a dicho beneficio.
2. Que en los informes **Psicológicos y de Asistencia Social**, así como el **Certificado de Conducta** extendido por la Autoridad del Establecimiento Penitenciario, los funcionarios competentes opinan que la recurrente reúne las condiciones para acogerse al beneficio solicitado.
3. Que dichos informes dan luz sobre el cumplimiento de los objetivos del régimen penitenciario respecto a su persona; sobre todo, que viene cumpliendo la pena impuesta sin jamás haber obstaculizado la acción de la justicia.
4. Que la resolución denegatoria del beneficio solicitado se sustenta en el literal b) del artículo 4) de la Ley N° 27770, que dispone que el beneficio solicitado procede cuando se haya cumplido con las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil, a pesar de que la recurrente se encuentra en la imposibilidad de cumplir con el íntegro de la reparación civil, por encontrarse embargados todos los bienes que integran su patrimonio.
5. Que con el embargo de sus bienes está garantizado el pago de la reparación civil, sobre todo con la afectación de su pensión, con cuyas retenciones ya ha cumplido con pagar 102,645.24 soles, monto que se va incrementando con los subsiguientes descuentos automáticos que se vienen realizando.
6. Que su situación, no se encuentra prevista en la Ley N° 27770, constituyendo un caso *sui generis*, por que no se trata de un una insolvente que debe prestar fianza. Que en todo caso, se genera un supuesto de duda que debe resolverse a su favor.
7. Y finalmente, que al denegársele el beneficio solicitado se ha infringido el artículo 2° Inc. 24, literal c) de la Constitución Política del Estado que establece que no hay prisión por deudas.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

En general, los beneficios penitenciarios, y específicamente la semilibertad, constituyen garantías previstas por el ordenamiento jurídico a fin coadyuvar a la consecución de los objetivos del régimen penitenciario, cuáles son: la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, tal como lo reconocen el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Estado y el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

En tal sentido, el Código de Ejecución Penal, modificado por la Ley N° 26861, establece los requisitos para la concesión de los beneficios penitenciario, y en el caso de la semilibertad estipula que el solicitante debe presentar: Copia certificada de la sentencia; Certificado de conducta; Certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención; Certificado de computo laboral o estudio, si lo hubiere; Informe sobre el grado de readaptación del interno, de acuerdo a la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario; y, Certificado policial que acredite domicilio o lugar de alojamiento. Adicionalmente, la Ley N° 27770, establece que la semilibertad podrá concederse cuando se haya cumplido las dos terceras partes de la pena y **previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil** y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183° del Código Procesal Penal.

III. FUNDAMENTOS DE LA DENEGACIÓN DEL BENEFICIO

En la resolución impugnada se señala que, si bien la recurrente ha cumplido con los requisitos que determinan que socialmente reúne las condiciones favorables para acceder al beneficio solicitado, se esgrimen como fundamentos para denegar dicho beneficio los siguientes:

1. Que la concesión del beneficio penitenciario no opera automáticamente por el sólo hecho de haberse cumplido el tiempo de la pena que señala la ley, es decir que es indispensable evaluar en cada caso concreto el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad.
2. Que no se evidencia de lo actuado que el tratamiento penitenciario a que ha sido sometida la recurrente hubiese alcanzado sus fines.
3. Que la recurrente no ha cumplido con la exigencia prevista en el artículo 4° inciso b) de la Ley N° 27770 referido a la cancelación previa al beneficio del íntegro de la cantidad fijada como reparación civil.

IV. ANÁLISIS FÁCTICO Y JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN

En principio, es necesario precisar que efectivamente, tal como se indica en la resolución recurrida, la concesión de un beneficio penitenciario no opera automáticamente por el sólo hecho de haberse cumplido el tiempo de la pena que señala la ley, sino que es indispensable evaluar en cada caso concreto el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad (**punto III.1.** del presente dictamen). En tal sentido tiene que evaluarse las circunstancias fácticas contenidas en la solicitud así como también debe realizarse el análisis jurídico de la normatividad aplicable al caso.

En el presente caso, evaluando los informes **Psicológico y de Asistencia Social**, así como del **Certificado de Conducta**, se aprecia que la recurrente **Blanca Nélida Colán Maguiño**, ha cumplido el requisito de tiempo necesario para solicitar la concesión del beneficio de semilibertad, así como con los requisitos que determinan que individual y socialmente reúne las condiciones favorables para acceder al beneficio solicitado; tal como se ha expresado en la propia resolución impugnada. Consecuentemente, el tratamiento penitenciario ha cumplido su finalidad; y por tanto, se descarta el argumento de la sentencia expresado en el numeral **III.2.**, del presente dictamen; puesto que de los documentos antes anotados se aprecia precisamente lo contrario, no correspondiendo a la realidad de los hechos esta aseveración contenida en la sentencia. Siendo así, resultan atendibles los argumentos de la defensa anotados en los puntos I.1., I.2. y I.3 de este dictamen.

Ahora bien, en cuanto al fundamento del auto, referido a que la recurrente no ha cumplido con la exigencia prevista en el artículo 4° inciso b) de la Ley N° 27770 referido a la cancelación, previa al beneficio, del íntegro de la cantidad fijada como reparación civil, para emitir un pronunciamiento al respecto, es necesario hacer un análisis fáctico del caso, así como un análisis

jurídico de la normatividad existente al respecto, realizando una interpretación sistemática y en el marco de la norma constitucional; sin perder de vista las finalidades político–criminales plasmadas en el orden jurídico penal y respetando los límites impuestos al control penal y sus agentes por el Estado Social y Democrático de Derecho, la vigencia de los derechos fundamentales y los contenidos de la Ciencia del Derecho, particularmente de la dogmática jurídico penal, cuyos conceptos y categorías, consensual o mayoritariamente diseñadas por la comunidad jurídica, dotan de seguridad y legitimidad al orden jurídico, desterrándose de este modo, todo tipo de arbitrariedad de parte de los operadores Político Criminales en perjuicio de la persona humana, sean éstos el órgano Legislativo o el Órgano Jurisdiccional.

1. Análisis de los aspectos fácticos

En cuanto a los aspectos fácticos contenidos en la solicitud del beneficio en cuestión, es de apreciarse que la recurrente, mediante sentencia ejecutoriada de fs 55/64, fue condenada por los delitos de encubrimiento personal, omisión de denuncia y enriquecimiento ilícito a diez años de pena privativa de libertad y al pago de **un millón y medio de soles** por concepto de reparación civil a favor del Estado. En virtud a esta condena, en ejecución de sentencia se procedió a trabar embargo preventivo sobre el 50% de los derechos y acciones que le corresponden a la sentenciada respecto al inmueble ubicado en la Av. Las Palmeras N° 170, Urbanización Camacho-La Molina, tal como se observa de la cédula de notificación judicial de fs.71/72; dicho predio fue tasado en US\$ 670,581 dólares, y al procederse a la ejecución del embargo mediante ejecución forzada, no se llegó a concretar el remate por la ausencia de postores. Asimismo, tal como refiere la recurrente, se procedió a trabar embargo en forma de inscripción en el vehículo de su propiedad de placa de rodaje N° AG-8627. Finalmente, se procedió a realizar la afectación, con fines de pago de la reparación civil, del porcentaje correspondiente de su pensión de jubilación, habiéndosele descontado al 18 de julio del presente año la suma de 102,645.24 nuevos soles, cantidad que se ha incrementado con los descuentos subsiguientes, tal como se aprecia del Informe de Secretaría de la Vocalía Suprema de Instrucción de fs.115/119, que consolida la información remitida por la Gerencia de Tesorería del Ministerio Público (Liquidación de Descuentos por Mandato Judicial de fs.68/70), y la que aparece en las notificaciones de los endosos de certificados de depósito judicial (fs.85/88).

De otro lado, no se advierte de autos, que la procesada contara con otros bienes o derechos con los cuales pudiera concretar el íntegro del pago de su obligación resarcitoria. Apreciándose por el contrario que todos los bienes y derechos de los que la recurrente Colán Maguiño es titular, ya han sido afectados con fines resarcitorios. Y si bien no se han llegado a ejecutar o rematar los bienes referidos, ello no obedece a la voluntad de la recurrente, quedando en libertad el agraviado (Estado) para solicitar nuevamente el remate del inmueble afectado o la adjudicación del inmueble, así como para continuar con la percepción de los descuentos de la pensión de jubilación de la recurrente.

Consecuentemente, la falta de pago de la reparación civil en cuestión no depende de la voluntad de la recurrente, y por tanto, no resulta razonable que se le haga cargar las consecuencias gravosas derivadas de dicho incumplimiento; y mucho menos sujetar la concesión de un beneficio al cual tiene derecho, a esta eventualidad que no depende de Colán Maguiño.

En este sentido, resulta atendible el argumento de la recurrente consignado en el punto **I.4** del presente dictamen, en el sentido de que se encuentra en la imposibilidad de cumplir con el íntegro del pago de su obligación resarcitoria. Debiendo precisarse que, tal como refiere la recurrente, no se trata de un supuesto de insolvencia, ya que el pago de la obligación estaría garantizado con el bien embargado y con la afectación de la pensión de la recurrente, que automáticamente se viene realizando.

2. Análisis de la aplicación del artículo 4° de la Ley N° 27770

Respecto al argumento de la recurrente referido a que su situación no se encuentra prevista en la Ley N° 27770, constituyendo un caso *sui generis*, porque no se trata de un una insolvente que debe prestar fianza (**numeral I.6.** del presente dictamen), es de apreciarse que el inciso b) del artículo 4° de la ley N° 27770, prevé dos supuestos vinculados al pago del íntegro de la reparación civil como condicionantes de la concesión del beneficio de semilibertad: **a)** Uno de ellos está referido al caso del condenado solvente, quien debe pagar el íntegro de la reparación civil previo a la concesión de la semilibertad. Si éste no cumpliera con el pago, obviamente se debería a una causa a él imputable y por tanto debe soportar las consecuencias de su acción; resultando razonable que se condicione la concesión del beneficio al cumplimiento de la obligación, puesto que en este caso, el condenado evidenciaría su voluntad de resistencia al cumplimiento de sus obligaciones y consecuentemente expresaría su actitud antijurídica, que a la vez evidenciaría que no está apto para reincorporarse al seno de la sociedad y por tanto para recibir el beneficio de semilibertad. **b)** El otro caso es el referido al condenado insolvente, cuya falta de pago de la reparación civil no obedece a su voluntad, sino precisamente a su situación o condición de insolvente (no contar con los medios necesarios para cumplir su obligación). En este caso, la voluntad de pago del condenado, se expresa con la presentación de la correspondiente **fianza**, con la que se garantiza el pago de la obligación. De ello se desprende, como no puede ser de otra manera, que la norma en comento no puede obligar al condenado a realizar un hecho que materialmente está en la imposibilidad de realizar, y por eso la propia norma acepta la garantía del pago diferido, garantizado por la fianza.

En el caso de la recurrente, se aprecia que efectivamente no ha cumplido con el pago del íntegro de la obligación resarcitoria; sin embargo, dicho incumplimiento no se ha debido a su supuesta insolvencia, así como tampoco obedece a su voluntad de no pago, ya que no se ha acreditado que poseyese otros bienes (además de los embargados o afectados) con los cuales pudiese cumplir con dicha obligación.

Consecuentemente, la situación de la recurrente no se trata propiamente de un supuesto de insolvencia que exija la garantía de fianza para la concesión del beneficio solicitado, puesto que ésta sí posee bienes y derechos con los cuales hacer frente a su obligación, los mismos que garantizan el pago del íntegro de la reparación y ya están afectados con dicho fin. Pues, con el cincuenta por ciento de las acciones y derechos que le corresponde del inmueble de la Av. Las Palmeras N° 170, Urbanización Camacho-La Molina y la afectación automática del porcentaje de su pensión de jubilación, además de los otros bienes embargados, es posible el cumplimiento de la obligación en su integridad, toda vez que dicha pensión tiene el carácter de vitalicia. En efecto, a la fecha, a pesar del corto tiempo que se vienen realizando los descuentos, ya se ha cumplido una parte importante del monto reparatorio. De otro lado, ha quedado evidenciado que la falta de pago no se debe a la voluntad negligente o dolosa de la recurrente. Siendo así, efectivamente, la situación Colán Maguiño, no está prevista en la norma en cuestión (Ley N° 27770); y por tanto, no resulta aplicable al presente caso.

Tanto más, si se tiene en cuenta que el fin de la norma es que se cumpla con el pago de la reparación civil o que se garantice su cumplimiento antes de concederse el beneficio de semilibertad, y en el presente caso, dicho cumplimiento está garantizado; siendo necesario precisar que el hecho de no haberse concretado el remate del bien embargado, no es imputable a la recurrente.

3. Análisis constitucional de la ley N° 27770

Adicionalmente, en cuanto al argumento esgrimido por la recurrente en el sentido de que al denegársele el beneficio solicitado se ha infringido el artículo 2° Inc. 24, literal c) de la Constitución Política del Estado que establece que no hay prisión por deudas, (**numeral I.7.** del presente dictamen), resulta necesario realizar un análisis detenido de la norma, puesto que efectivamente aparecen dos intereses fundamentales en conflicto directo, así como aparece

comprometida la determinación de la naturaleza jurídica de la *reparación civil*. En este sentido, la aplicación de la norma en cuestión dependerá del criterio que se maneje respecto a la naturaleza jurídica de la reparación civil y su vinculación con la privación de la libertad.

En efecto, si se llegara a la conclusión de que la reparación civil constituye una institución de naturaleza jurídico penal, no habría problema para condicionar legislativamente la concesión de beneficios penitenciarios al pago de la integridad de la reparación civil, tal como sucede en el caso de la pena de multa. Por el contrario, si se llegara a la conclusión de que se trata de una institución de contenido civil patrimonial, condicionar el otorgamiento de un beneficio penitenciario al pago de la reparación civil, efectivamente colisionaría con el artículo 2° Inc. 24, literal c) de la Constitución Política del Estado, además del numeral 2 del mismo artículo, referido al derecho fundamental de la igualdad ante la ley.

Al respecto, en la jurisprudencia nacional no había mayor problema para considerar a la reparación como una obligación civil de contenido patrimonial, basados fundamentalmente en el artículo 101° del Código Penal y en la propia tradición jurisprudencial y normativa nacional. El problema se ha iniciado cuando el Tribunal Constitucional, en diversos pronunciamientos, sin esgrimir argumentos sólidos y convincentes, ha señalado que la reparación civil tiene “naturaleza penal”⁵⁴⁵. Pese a ello, la jurisprudencia nacional ha seguido considerando a la obligación resarcitoria como una obligación de contenido privado sujeta al Código Civil. Inclusive la Corte Suprema ha establecido este criterio a través de Ejecutorias de contenido vinculante, como puede verse de las resoluciones vinculantes de fecha 26 de noviembre del 2005 y 20 de abril del 2006, en los R.N. N° 948-2005 (Junín) y R.N. N°2476-2006 (Lambayeque), en las que con toda claridad establece que “*la reparación civil no es una pena y tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima*”; asimismo, que “*... como es obvio no es una pena ni está dentro de los límites del jus puniendo del Estado, e incluso las reglas de su ejecución están normadas por el artículo 2001° del Código Civil*”. Debiendo precisarse que estas decisiones de la Corte Suprema son posteriores a las fechas en que el Tribunal Constitucional emitiera sus respectivos pronunciamientos, además de que constituyen precedentes vinculantes, al contrario de lo resuelto por el Tribunal, en cuyas resoluciones no se ha establecido su calidad de precedentes vinculantes.

Estas decisiones de la Corte Suprema, guardan congruencia con el desarrollo doctrinal al respecto, en el que mayoritariamente se asume la naturaleza privada de la reparación civil. Así, PRADO SALDARRIAGA, rechaza todo intento de considerar a la reparación civil como pena u otro tipo de sanciones jurídico-penales, pronunciándose a favor de su naturaleza privada y resarcitoria⁵⁴⁶. Por su parte, SAN MARTÍN CASTRO refiere que: “La naturaleza de derecho de realización del Derecho Procesal Penal no puede ‘sustituir’ o ‘transformar’ lo que por imperio del Derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito”; y citando a BASALLO SAMBUCETI agrega “... la obligación de reparación por el daño material o moral causado, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del Derecho Penal. De hecho, se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos

⁵⁴⁵ Sentencia del 5 de julio del 2004 y 12 de agosto del mismo año, en los expedientes 2982-2003-HC/TC y N° 2088-2004-HC/TC respectivamente. Criterio que repite en la sentencia del 17 de octubre del 2005, recaída en el Exp. N° 7361-2005-PHC/TC y otras sentencias más recientes. En las que si bien trata de desarrollar el fundamento de la naturaleza jurídica de la reparación civil arguyendo criterios de *eficacia del poder punitivo del Estado*, no ha establecido que estos criterios constituyen precedentes vinculantes para los demás operadores procesales; así como tampoco explica la supuesta implicancia de la eficacia del poder punitivo del Estado sobre el pago de una obligación patrimonial.

⁵⁴⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor: “*Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*”. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 275 y ss.

expresamente indemnizatorios”⁵⁴⁷. El mismo criterio esboza CASTILLO ALVA así como otros autores nacionales⁵⁴⁸.

La doctrina nacional a la vez concuerda con la doctrina extranjera que mayoritariamente establece que la reparación civil es de naturaleza privada. Pues, se asume que la naturaleza de esta institución no está determinada por el interés público de la sociedad sino por el interés particular y específico de la víctima o agraviado por el delito, y el hecho que se ejercite la acción civil en el proceso penal, nada dice respecto a la naturaleza de la pretensión discutida. En este sentido, TERRAGNI en la doctrina argentina, refiere que los criterios que trataron de llevar la naturaleza de la obligación resarcitoria al campo penal no han prosperado y han quedado relegados en el tiempo⁵⁴⁹, en igual sentido se pronuncian NÚÑEZ⁵⁵⁰, SOLER⁵⁵¹, etc. Igualmente, Carlos CREUS, aún cuando hace referencia a la pretensión y no propiamente a la reparación en sí (pero sin hacer distinguos), refiere: “... el hecho de la inserción de la acción civil en el proceso penal, nada dice contra el carácter privado de la pretensión que por medio de ella se hace valer. Esa inserción no cambia el carácter de la acción civil que, desde el punto de vista de la pretensión que la alienta, sigue siendo civil y privada. En otras palabras (...) la acción resarcitoria no integra el sistema represivo del delito, permanece en la esfera privada”⁵⁵². En la doctrina Alemana este criterio es sostenido fundamentalmente por HIRSH⁵⁵³. En la doctrina española se adhieren a este punto de vista autores connotados⁵⁵⁴, inclusive se sostiene que este es el criterio ‘casi unánime’⁵⁵⁵.

⁵⁴⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César: “*La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito*”. En Revista Ius et Veritas N° 25, Lima, 2002, p. 328.

⁵⁴⁸ CASTILLO ALVA, José Luis: “*Las consecuencias jurídico económicas del delito*”. Idemsa, Lima, 2001, pp. 71 y ss. VASALLO SAMBUCETI, Efraín: “*La acción civil en el proceso penal*”. San Marcos, Lima, 2000, p.37. VILLA STEIN, Javier: “*Derecho Penal. Parte General*”. San Marcos, Lima, p. 500 y los demás autores nacionales que han escrito sobre este tema. Por nuestra parte, en todos nuestros trabajos sobre reparación civil, nos hemos adherido con toda firmeza a esta posición.

⁵⁴⁹ TERRAGNI, Marco A.: “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*”. T. 1, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 451.

⁵⁵⁰ NÚÑEZ, Ricardo: “*Derecho Penal. Parte General*”. Cuarta edición, Actualizada por Roberto E. Spinca y Félix González, Editora Córdoba, Córdoba, 1999. p. 343.

⁵⁵¹ SOLER, Sebastián: “*Derecho Penal Argentino*”. Tomo II, Tea, Buenos Aires, 1978 p. 468.

⁵⁵² CREUS, Carlos: *Ob. Cit.* pp. 28 y 29. En el mismo orden de ideas RUIZ VADILLO, refiere: “La acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal al que se incorpora, de tal forma que la circunstancia de ventilarse en éste para nada afecta a las características que le son propias y específicas...”. “*La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjuicio y valoración del daño corporal*”. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 19.

⁵⁵³ HIRSCH, Hans Hoachim: “*De la Reparación del Daño en el Marco del Derecho Penal Material*”. En: De los Delitos y de las Víctimas, varios autores, AD-HOC, Buenos Aires, 1992, p. 59. entre otros trabajos. MAURACH, Reihart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, así como JESCHECK, en sus “*Derecho Penal*” y “*Tratado de Derecho Penal*”, respectivamente, ni siquiera se refieren a la reparación civil, con lo que la estarían desvinculando del ámbito de las consecuencias jurídico penales. Igualmente JAKOBS, en su “*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la Imputación*”, no se refiere el tema; ello desde luego en concordancia con el Código Penal alemán que “a diferencia del derogado, no se ocupa del asunto, dejándolo librado en buena medida a la jurisdicción civil, aunque se rige por la ley procesal penal y leyes especiales de reciente expedición” (como lo indica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “*Derecho Penal*”. Temis, Bogotá, 1975, p. 705). El propio ROXIN aun cuando termina formulando su teoría de la Tercera Vía, refiere que ya desde BINDING se hacía la debida diferenciación entre la pena y la reparación civil, tomándose como referencia “... aquello a cuyo favor es efectuada la prestación. La reparación es prestada siempre a quien sufre el daño; la pena, en cambio al Estado, que cumple un deber en infligir una pena”. ROXÍN: “*La Reparación en el Sistema de los Fines de la Pena*”. Traducción de Julio Maier y Elena Carranza. En: “De los Delitos y de las Víctimas”. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 135. Con lo que quedaría claro que desde ese entonces se asumía a la reparación civil dimanante del delito como una consecuencia de carácter civil.

⁵⁵⁴ ALASTUEY DOBÓN, Carmen: “*La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*”. Tirant lo Blach, Valencia, 2000, p. 24. La misma autora en: “*Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código*

Finalmente en la doctrina Colombiana se maneja este criterio, tal como puede verse de las aseveraciones de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ⁵⁵⁶.

Es así como queda debidamente establecida la naturaleza civil o privada de la pretensión resarcitoria proveniente del delito. Descartándose los criterios que la asimilan a las consecuencias jurídico penales o le asignan una función de *eficacia del poder punitivo del Estado*, como refiere, infundadamente, el Tribunal Constitucional. Pues debe tenerse en cuenta, como ya se ha indicado, que cualquier expresión político criminal que afecte derechos fundamentales de la persona, debe realizarse con estricta sujeción a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sin llegar a la instrumentalización de los derechos de la persona en aras de valores de menor jerarquía como una supuesta eficacia del ordenamiento jurídico. Asimismo, en todas las decisiones político criminales, se debe tener en cuenta los criterios elaborados por la ciencia del derecho (en este caso, la dogmática jurídico penal), que constituye irrefutablemente, la barrera infranqueable del control penal y de la actuación del poder coercitivo del Estado.

De otro lado, al tratarse de la afectación del patrimonio del condenado con fines de resarcimiento del daño patrimonial causado por el delito, el condenado no es sino el deudor en la relación jurídico patrimonial que se establece por la sentencia condenatoria, y por tanto, la obligación constituye una “deuda” a cargo del condenado. Siendo así, el condicionar el otorgamiento del beneficio penitenciario de semilibertad, al pago íntegro de la reparación civil, a pesar de que el peticionante cumple con todos los demás requisitos establecidos por la ley para su otorgamiento, implicaría una violación de la norma constitución que establece que “no hay prisión por deudas”. Pues, la única razón de mantener en prisión al condenado sería el incumplimiento del pago de una “deuda patrimonial”. Con ello además se infringiría el Derecho a la igualdad, puesto que sólo podrían acceder a este beneficio los que cuentan con bienes patrimoniales suficientes para cumplir con el pago de dicha obligación pecuniaria, discriminándose a los que no lo tienen.

Penal español”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 466 y 467; donde además refiere que la postura que sostiene la naturaleza civil de la reparación civil *ex delicto*, hoy en día es casi unánime, y agrega, que “...es indudable que tanto la responsabilidad misma como los preceptos que la regulan tienen naturaleza civil”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: **“Derecho Penal. Parte General”**. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. p. 677. GRACIA MARTÍN, Luis: **“Estudios de Derecho Penal”**. Idemsa, Lima, 2004. p. 430; concluye categóricamente: “En definitiva y resumiendo: ninguna duda puede haber acerca de que (...) la responsabilidad civil derivada del delito es, sí, una consecuencia jurídica del delito, pero no es, sin embargo, una consecuencia *penal* del delito; su naturaleza jurídica y las normas que la regulan pertenecen del modo más estricto al Derecho civil y deben regirse por los principios de éste”. MIR PUIG, Santiago: **“Derecho Penal. Parte General**. Reprepor S.L. Barcelona 1996, p. 14; con toda claridad sostiene: “Si la ley penal pretende ante todo *evitar el delito* (función preventiva), las normas que se ocupan de la responsabilidad civil regulan la imputación del daño *ya producido* (...). Si el Derecho penal se entiende el conjunto de las prescripciones penales en sentido estricto, las prescripciones reguladoras de la responsabilidad civil no podrán considerarse parte del Derecho penal, pues como se ha visto se diferencian claramente de las prescripciones penales”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: **“La responsabilidad civil ex delicto”**. Aun cuando luego admite matices, refiere: “Nadie, ni civilistas ni penalistas, han puesto en duda la naturaleza civil de esa clase de obligaciones, lo cual es independiente y más importante que el documento legislativo en que se regule”. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: **Sobre el concepto**, p. 64; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: **Derecho Penal**, p. 25. COBO/VIVES: **Derecho penal**, pp. 31 y 877. GARCÍA ARÁN, M., en MUÑOZCONDE/GARCÍA ARÁN: **Derecho Penal**, p.652. BUSTOS RAMÍREZ, J.: **Manual**, p. 605. CUELLO CONTRERAS, J.: **Derecho Penal**, p. 40. Estos últimos, correspondientes a la cita efectuada por Alastuey Dobón: **“La reparación a las víctimas en el marco de las sanciones penales”**, p. 24”.

⁵⁵⁵ ALASTUEY DOBÓN, Carmen: **“Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español”**; Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 466 y 467; “... la naturaleza civil de la reparación civil *ex delicto*, hoy en día es casi unánime”.

⁵⁵⁶ “Mientras algunos se inclinan en darle a la restitución o reparación un carácter estrictamente civil, otros se pronuncian por un carácter penal y una tercera por la mixta, pero lo que si es cierto, es que por el hecho que aparezca regulada en la ley penal no le quita su carácter ni contenido civil, ya que se ha demostrado que es posible congregar la acción penal con la acción-pretensión civil.” VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: **Ob. Cit.** p. 707.

Siendo así, aun cuando la norma en comentario, constituya la expresión constitucional de la función legislativa, ésta no puede rebasar los límites político-criminales correspondientes al control penal; pues ello haría inaplicable a la norma expedida, por contraponerse a normas de mayor jerarquía⁵⁵⁷. Debiendo recordarse que criterio similar ha seguido el Órgano Jurisdiccional al evaluar la aplicación del artículo 173° del Código Penal modificado por la Ley N° 28704, al mismo que lo ha declarado inaplicable por colisionar con normas constitucionales⁵⁵⁸; decisión jurisdiccional que aun cuando no ha quedado firme por haber sido elevado en consulta a la Corte Suprema, refleja un criterio jurisdiccional en pro de la vigencia de los derechos fundamentales, orientando la interpretación y aplicación de las leyes restrictivas de derechos; sopesando si la aplicación de la ley no resulta violatoria de normas constitucionales por parte del operador legislativo o el operador judicial.

En este sentido, al evaluarse la petición del beneficio materia de autos, el órgano Jurisdiccional, deberá realizar el control de constitucionalidad correspondiente de la Ley N° 27770 y decidir conforme a la norma constitucional, conforme a lo establecido por el artículo 138° de la Constitución Política del Estado. Debiendo recordarse que si bien, en el presente caso, existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a la supuesta naturaleza penal de la reparación civil, éstos no han sido realizados en un proceso de Inconstitucionalidad, y por tanto su constitucionalidad no ha sido confirmada, por lo que no existe impedimento para su inaplicación. (Ver: artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Indicándose asimismo, que toda norma, antes de ser aplicada debe ser interpretada conforme al criterio sistemático y dentro del marco constitucional, quedando vinculado el intérprete a la aplicación jerárquica de las normas, conforme al artículo 51° de la Constitución; el mismo que determina, no una facultad de algún organismo o entidad, sino una cualidad del ordenamiento jurídico nacional.

Siendo así, también resulta razonable el argumento de la recurrente en cuanto refiere que al denegársele el beneficio solicitado se ha infringido el artículo 2° Inc. 24, literal c) de la Constitución Política del Estado que establece que no hay prisión por deudas (**punto I.7.** de este dictamen).

V. CONCLUSIÓN Y OPINIÓN FISCAL

Por las consideraciones anotadas, esta Fiscalía concluye que la resolución recurrida no resulta conforme a Derecho, resultando atendibles los argumentos expresados por la defensa de la recurrente.

En tal sentido, este Despacho **PROPONE** a la Sala de su Presidencia que se declare **HABER NULIDAD** en la resolución venida en grado, que declara **IMPROCEDENTE** el beneficio penitenciario de **SEMILIBERTAD** solicitado por la sentenciada **Blanca Nélida Colán Maguño** y **REFORMÁNDOLA** se declare **PROCEDENTE** dicho beneficio. Debiendo evaluarse la aplicación o inaplicación del artículo 4° inciso b) de la Ley N° 27770 al presente caso.

OTRO SI DIGO.- El suscrito se avoca al conocimiento de la presente causa en virtud a la resolución de la Fiscalía de la Nación N°1204-2007-MP-FN, emitida con fecha 10 de octubre del presente año.

Lima, 16 de octubre 2007

⁵⁵⁷ Por nuestra parte, respecto a la inaplicación de la Ley en comento, ya nos hemos pronunciado con anterioridad en nuestro trabajo: *La reparación civil en el proceso penal*. Segunda Edición, Idemsa, Lima, 2005, pp. 292 y 293.

⁵⁵⁸ Sentencia del 28 de mayo del 2007, de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el Exp. N°2006-2156.